

ESTUDIO SOBRE LA APLICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 3/2007, DE 22 DE MARZO,
**PARA LA IGUALDAD EFECTIVA DE
MUJERES Y HOMBRES**



Generalitat de Catalunya
**Centre d'Estudis Jurídics
i Formació Especialitzada**



CONSEJO GENERAL
DEL PODER JUDICIAL

BIBLIOTECA DE CATALUNYA – DATOS CIP:

Estudio sobre la aplicación de la ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres

Referències bibliogràfiques. Índex

I. Espanya. Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres II. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada (Catalunya) III. Títol: Para la igualdad efectiva de mujeres y hombres

1. Igualtat entre els sexes – Dret i legislació – Espanya

396.1(460)(094.5)



Aviso legal

Los contenidos de esta obra están sujetos a una licencia de Reconocimiento No Comercial – Sin Obra Derivada 2.5 de Creative Commons. Se permite la reproducción, la distribución y la comunicación pública siempre que se cite al titular de los derechos (Generalitat de Catalunya, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada) y no se haga un uso comercial. Esta obra no se puede transformar para generar obras derivadas. La licencia completa se puede consultar en: <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/es/legalcode.ca>.

© Generalitat de Catalunya
Centre d'Estudis Jurídics
i Formació Especialitzada
C/Ausiàs Marc, 40
08010 Barcelona

Primera edició: novembre de 2011

Diseño, maquetación e impresión: Gràfiques APR
Depósito legal: B-37584-2011

ESTUDIO SOBRE LA APLICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 3/2007, DE 22 DE MARZO,

**PARA LA IGUALDAD EFECTIVA DE
MUJERES Y HOMBRES**

INDEX

Aunque el estudio es el resultado de un trabajo de tres equipos, se ha considerado oportuno reflejar la autoría de los diferentes apartados, que es, junto al trabajo de coordinación, llevado a cabo por Ana Rubio, la que se recoge en el siguiente índice:

- Presentación (Inmaculada Montalbán)	9
- Introducción (Ana Rubio)	13
- Aspectos metodológicos (Grupo Universidad de Granada)	19
- Antecedentes: los IEG (Juana María Gil Ruiz)	27
- La integración del principio de igualdad de trato y de oportunidades en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas: el art. 4 de la LOIMH (Ana Rubio)	41
- Aspectos de la jurisdicción social	45
I. Informe metodológico y cuantitativo general (Institut Interuniversitari d'Estudis de Dones i Gènere)	46
II. Acoso sexual y por razón de sexo (Encarna Bodelón -UAB)	49
III. Conciliación de la vida laboral y familiar:	67
1. Permiso de paternidad (Carolina Gala -UAB)	67
2. Reducción de jornada por cuidado de hijos/as y por cuidado de familiares (Carolina Gala -UAB).....	72
3. Excedencia por cuidado de hijos/as y por cuidado de familiares (Carolina Gala UAB)	90
4. Distribución de jornada (Encarna Bodelón -UAB)	110
IV. Despido por maternidad (Carolina Gala -UAB)	119
V. Promoción profesional (Paloma Soria Montañez, Gema Fernández Rodríguez de Liébana con la colaboración de Keina Yoshida y María Martínez Menéndez -Women's Link Worldwide-)	129
VI. Gráficas y datos estadísticos (Grupo de la Universidad de Autónoma de Barcelona/Gloria Casas Vila y Guillem Volart)	143
- Aspectos de la jurisdicción contencioso-administrativa	149
I. Informe metodológico y cuantitativo general (Grupo de la Universidad de Granada)	150
II. Acoso en la jurisdicción contencioso-administrativa (Ana Rubio -UGR) ...	151
III. Promoción profesional en la jurisdicción contencioso-administrativa (Ana Rubio -UGR)	158
IV. Los derechos de conciliación:	164
1. Reducción de jornada y concreción horaria (Ana Rubio -UGR)	164

2.	Permisos de maternidad/paternidad (Juana María Gil Ruiz -UGR)	172
3.	Acumulación de vacaciones (Juana María Gil Ruiz -UGR)	173
4.	Excedencia por cuidado de hijos/as (Juana María Gil Ruiz -UGR)	175
5.	Excedencia por servicios especiales (Juana María Gil Ruiz -UGR)	176
6.	Permisos de lactancia para madres adoptantes y de acogida (Juana María Gil Ruiz -UGR)	176
7.	Licencia por maternidad (Juana María Gil Ruiz -UGR)	177
V.	Sentencias de interés en materia de igualdad efectiva (Ana Rubio -UGR)	179
VI.	Transversalidad del principio de igualdad: la Educación para la Ciudadanía (Josefa D. Ruiz-Resa -UGR)	182
VII.	Conclusiones en torno a las sentencias analizadas en la jurisdicción contencioso-administrativa (Josefa D. Ruiz-Resa -UGR)	199
VIII.	Gráficas y datos estadísticos (Grupo de la Universidad de Granada/ Gloria Casas Vila y Guillem Volart)	201
-	La jurisprudencia en materia de igualdad y no discriminación: la aportación de los tribunales europeos (Paloma Soria Montañez, Gema Fernández Rodríguez de Liébana con la colaboración de Keina Yoshida y María Martínez Menéndez -Women's Link Worldwide-)	211
I.	Introducción (Women's Link Worldwide)	212
II.	Sentencias del ETD (Women's Link Worldwide)	212
III.	Sentencias TJEU (Women's Link Worldwide)	224
IV.	Datos estadísticos sobre las sentencias de los tribunales europeos (Gloria Casas Vila y Guillem Volart y Women's Link Worldwide)	234
V.	Listado de sentencias que sientan precedente favorable en materia de promoción de igualdad (Women's Link Worldwide)	236
-	Anexo: Gráficas y datos estadísticos generales (Gloria Casas Vila y Guillem Volart)	241

PRESENTACIÓN

Los cambios normativos experimentados por el sistema jurídico español en materia de igualdad de género no pueden ser analizados al margen de los compromisos contraídos por nuestro país a nivel internacional y europeo. Unos compromisos que han sido fruto del esfuerzo social y político realizado por las mujeres y los movimientos sociales para avanzar en la promoción de la igualdad de género. Es en el marco de esta lucha social donde cobra sentido el nuevo derecho antidiscriminatorio del que la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIMH) forma parte, desarrollando el principio de igualdad, uno de los ejes claves en la actual agenda política de los Estados.

Pese a la importancia de estos cambios normativos en el Derecho español, el Estudio llevado a cabo sobre la eficacia de la LOIMH desvela lo mucho que aún es necesario trabajar en el seno de la carrera judicial para concienciar y sensibilizar sobre la importancia de la formación en género para aplicar de forma correcta toda la legislación en materia de igualdad de género.

Las dificultades que encuentra el poder judicial para integrar la categoría género y la perspectiva de género en el razonamiento jurídico derivan del modelo de racionalidad y de ciencia jurídica con el que se estudia, interpreta y aplica el Derecho en España. La ciencia jurídica presenta aún al Derecho como un sistema social autónomo y autosuficiente, en el que quien interpreta y aplica las normas jurídicas encuentra todo lo necesario para la resolución y la fundamentación jurídica de los conflictos sociales que ha de juzgar. Esta imagen idealizada del sistema jurídico ha sido superada por el Derecho antidiscriminatorio al mostrar la asimetría que existe en la realidad social y el ideal de igualdad que el Derecho propone

La relevancia de la igualdad efectiva y la necesidad de las acciones positivas antidiscriminatorias que establece la LOIMH no se entienden si se estima que las injusticias sociales emanan tan sólo de las desigualdades socio-económicas y no de la posición social o el estatus en el que los individuos o los grupos sociales oprimidos. Por esta razón la LOIMH supera el sentido tradicional de la igualdad de trato y de la igualdad de oportunidades, y reconoce la discriminación estructural o institucional en algunos de sus preceptos. Este sería el caso del artículo 3º cuando afirma: *el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombre supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente las derivadas de la maternidad, la sunción de obligaciones familiares y el estado civil.*

Los individuos –mujeres y hombres– necesitan ser reconocidos como sujetos iguales en derechos, pero también han de contar con las condiciones socio-económicas e institucionales que hagan real el ejercicio de sus derechos y sus libertades en igualdad. La resignificación del principio de igualdad como principio básico del Derecho moderno exige de la Administración de justicia un papel más activo y comprometido en la consecución de la igualdad efectiva de mujeres y hombres y en la erradicación de todas las formas de discriminación, especialmente de la discriminación por razón de sexo. Cuando este rol no se adopta, amparándose los operadores jurídicos en la neutralidad e imparcialidad que la función jurisdiccional les exige, se abre entre jurisdicción y ciudadanía una brecha que afecta a la legitimidad de la jurisdicción y a la democracia misma. Debe recordarse el mandato establecido en el art. 1.1 LOIMH:

Las mujeres y los hombres son iguales en dignidad humana, e iguales en derechos y deberes. Esta ley tiene por objeto hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de la discriminación de la mujer, sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualesquiera de los ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural para, en el desarrollo de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución, alcanzar una sociedad más democrática, más justa y más solidaria.

A diferencia de otros poderes del Estado, el poder judicial es un poder que se legitima no en su origen, sino en su ejercicio. En el nuevo modelo jurídico las y los jueces asumen la responsabilidad de aplicar la legislación vigente, pero también la Constitución y todo lo que ella presupone. Este estudio ofrece la oportunidad de reflexionar, desde la teoría y la Práctica, sobre las dificultades y tensiones interpretativas que la LOIMH está presentando, con el objetivo último de mejorar su eficacia en el desarrollo de la igualdad de género y también los niveles de aplicabilidad.

El estudio que aquí se presenta responde al mandato legal establecido en la LOIMH, cuando impone adaptar los métodos tradicionales de la dogmática jurídica al carácter transversal de la igualdad efectiva de mujeres y hombres. La investigación que ha dado como resultado este estudio ha sido realizada por tres grupos de trabajo bajo la coordinación de la investigadora Ana Rubio de la Universidad de Granada, cuyas integrantes pertenecen a la Universidad de Granada, el Institut Interuniversitari d'Estudis de Dones i Gènere (Universidad de Barcelona) y Women's Link Worldwide. A todas ellas, nuestro agradecimiento y reconocimiento.

Confiamos que estos excelentes trabajos sirvan para avanzar en la comprensión de las dificultades y tensiones interpretativas que la LOIMH está presentando, pues el fin último que ha inspirado la investigación ha sido mejorar la aplicabilidad y eficacia de esta Ley y, con ello, mejorar la vida de las personas y la calidad de la democracia española.

Inmaculada Montalbán

Vocal y Presidenta de la Comisión de Igualdad del Consejo General del Poder Judicial

INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante LOIMH) establece, en su disposición adicional tercera, una serie de modificaciones en la LOPJ 6/1985, de 1 de julio. Entre ellas, hay que destacar la reforma del artículo 122.1, donde se prevé la creación de la Comisión de Igualdad, de la que formarán parte anualmente aquellos Vocales elegidos por el Pleno, por mayoría de tres quintos y atendiendo al principio de presencia equilibrada entre mujeres y hombres. Se añade un artículo 136 bis, donde se dispone que la Comisión esté integrada por cinco miembros. Entre sus funciones se establece la de asesorar al Pleno sobre las medidas necesarias o convenientes para integrar activamente el principio de igualdad entre mujeres y hombres en el ejercicio de las atribuciones del Consejo General del Poder Judicial y, en particular, le corresponderá elaborar los informes previos sobre impacto de género de los reglamentos y mejorar los parámetros de igualdad en la Carrera Judicial.

También en la misma disposición adicional tercera de la LOIMH, se recoge la modificación del artículo 310 de la LOPJ, donde se establece que *“todas las pruebas selectivas para el ingreso y la promoción en las Carreras Judicial y Fiscal contemplarán el estudio del principio de igualdad entre mujeres y hombres (...) y su aplicación con carácter transversal en el ámbito de la función jurisdiccional”*. Además, se añade un apartado 5 al artículo 433 bis, en el que se introduce que *“el Plan de formación continuada de la carrera judicial contemplará la formación de*

los jueces y magistrados en el principio de igualdad entre mujeres y hombres y la perspectiva de género, y se dispone que la Escuela Judicial impartirá anualmente cursos de formación sobre la tutela jurisdiccional del principio de igualdad entre mujeres y hombres y la violencia de género". Igualmente, en un segundo párrafo que se añade al apartado 2 del artículo 434, se dispone que el Centro de Estudios jurídicos imparta anualmente "*cursos de formación sobre igualdad entre mujeres y hombres y su aplicación con carácter transversal por los miembros de la Carrera Fiscal, el Cuerpo de Secretarios y demás personal al servicio de la Administración de Justicia, así como la detección y tratamiento de situaciones de violencia de género*".

Estas responsabilidades informativas y formativas sobre la aplicabilidad del principio de igualdad en la función jurisdiccional, ponen de manifiesto las novedades que introduce la LOIMH y la necesidad de adaptar los métodos tradicionales de la dogmática jurídica y de la aplicación e interpretación del Derecho a la perspectiva de género, así como al carácter transversal del principio de igualdad de mujeres y hombres. Esta es una formación imprescindible, según reza la propia LOIMH, cuando subraya "*la consideración de la dimensión transversal de la igualdad, seña de identidad del moderno derecho antidiscriminatorio, como principio fundamental del presente texto*".

Pues bien, a tales exigencias responde este informe, a través del cual se trata de mostrar la aplicabilidad de la LOIMH y las tensiones conceptuales que en su aplicación tiene la resignificación del principio de igualdad.

La LOIMH es algo más que un mero instrumento de adecuación del ordenamiento español a los contenidos normativos que establecen las directivas en materia de igualdad de trato; es decir, la Directiva 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, la formación y la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; y la Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro.

La LOIMH recoge, en su Exposición de Motivos, los límites que "*la igualdad formal ante la ley*" tiene en las sociedades actuales, como por ejemplo, la violencia de género, las múltiples discriminaciones que padecen las mujeres en el mercado de trabajo, o los problemas que tienen hombres y mujeres para conciliar la vida personal, laboral y familiar, entre otros. Ante esta realidad aún fuertemente marcada por la discriminación, la LOIMH propugna "*la igualdad plena, efectiva, entre mujeres y hombres, aquella perfecta igualdad*", que no admite "*poder ni privilegio para unos ni incapacidad para otros*". Pero, dado que la situación ideal no existe, es necesaria "*una acción normativa dirigida a combatir todas las manifestaciones aún subsistentes de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y a promover la igualdad real entre mujeres y hombres, con remoción de los obstáculos y estereotipos sociales que impiden alcanzarla*".

Con estas palabras, se está definiendo el contenido complejo que tiene el término de igualdad efectiva. Pero la ley reconoce, además, que este desarrollo normativo tiene perfecto acomodo en “*nuestro ordenamiento constitucional*” e “*integra un genuino derecho de las mujeres*”. Parece ponerse así de relieve que la ley supera la visión parcial y masculina, con la que tradicionalmente se ha venido legislando en España en materia de igualdad de mujeres y hombres, promoviendo un proceso de asimilación de los derechos de las mujeres a los derechos conquistados históricamente por los hombres.

La LOIMH anuncia, desde su Exposición de Motivos, que se desarrollarán nuevos instrumentos y derechos, con el fin de modificar el sempiterno reparto de tareas y responsabilidades entre mujeres y hombres, para lograr que ambos se integren en igualdad en los diferentes contextos y ámbitos de la vida, promoviéndose la corresponsabilidad en el cuidado, la igualdad en las relaciones entre particulares y la paridad en los espacios públicos de decisión y gestión.

No es esta Ley, como algunos afirman, una “*ley para las mujeres*”, lo cual no coincidiría con ninguna de las finalidades que persiguen las instituciones internacionales y europeas que promueven y exigen el desarrollo normativo y jurisdiccional de la igualdad de género. Por el contrario, no sólo se trasponen a través de ella las directivas en materia de igualdad de trato, anteriormente citadas, al ordenamiento jurídico español, sino que también se desarrolla nuestro propio orden constitucional y el proyecto de justicia que el mismo encierra, ampliando su enfoque; es decir, buscando un desarrollo del principio y del derecho a la igualdad en el que se integren, como exigencias de igual valor, las reivindicaciones y los intereses de mujeres y hombres. Esto significa, nada más y nada menos, que por primera vez en España, se apuesta por superar a nivel normativo un Derecho fuertemente marcado por la desigualdad de género, para dar así un paso adelante en la construcción de un código de igualdad, que integre las necesidades y las diferencias de mujeres y hombres. Estas novedades, como el propio texto recoge en el apartado II de su Exposición de motivos, aportan “*un elemento de enriquecimiento de la propia sociedad española que contribuirá al desarrollo económico y al aumento del empleo*”.

Por todo lo expuesto, puede afirmarse que la LOIMH es una Ley–Código que desarrolla en el ordenamiento jurídico español “*el significado del principio y del derecho de igualdad*”. Como la propia Exposición de Motivos de esta Ley recoge, su gran novedad está en la “*prevención de las conductas discriminatorias y en la previsión de políticas activas para hacer efectivo el principio de igualdad*”. Pero tan novedoso como importante es, asimismo, el artículo 4, donde el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres se erige en “*principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas*”. Estos contenidos nos obligan a realizar una serie de precisiones que ayudarán a comprender el alcance de la LOIMH así como la forma en que está siendo acogida, aplicada e interpretada por el Poder judicial.

En primer lugar, la heterogeneidad de técnicas de positivización que contiene la LOIMH está en estrecha relación con la transversalidad de la igualdad efectiva que se pretende proyectar en todo el ordenamiento jurídico español y en la política. Esta exigencia deriva, según se indica en el apartado III de su Exposición de Motivos, de la responsabilidad del Estado *“para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles y españolas en el ejercicio de los derechos constitucionales”*. Para el desarrollo de estas condiciones básicas juega un papel decisivo, tanto las normas jurídicas como las políticas públicas de igualdad de género. Por otro lado, la transversalidad ha exigido, además, el desarrollo horizontal del principio de igualdad efectiva, lo que se expresa en la propia estructura de la Ley, cuando regula las relaciones entre particulares, constatando las relaciones de poder entre los mismos.

En segundo lugar, de la LOIMH emanan los criterios de actuación de los poderes públicos y las pautas de intervención y control en los diferentes ámbitos socioeconómicos y políticos. La Ley vincula, cuando establece su ámbito de aplicación, a todas las personas, cualesquiera que sea su naturaleza jurídica o su situación administrativa, según se recoge en su art. 2.2: *“las obligaciones establecidas en esta Ley serán de aplicación a toda persona física o jurídica que se encuentre o actúe en territorio español, cualquiera que fuere su nacionalidad, domicilio o residencia”*.

A este respecto, debemos añadir que el sentido último de esta Ley y la complejidad que encierra deben aprehenderse más allá de la evolución constitucional del principio de igualdad o de la readaptación del ordenamiento jurídico español al Derecho comunitario. Los retos políticos y los cambios socioeconómicos que promueve la LOIMH tienen su origen en la crisis del Estado de bienestar y en los cambios y objetivos que imponen el nuevo modelo económico. El desarrollo de los derechos de conciliación existentes en la LOIMH debe analizarse en este contexto. Aunque la actual crisis y su impacto sobre las familias españolas ha estallado hace tan sólo unos años, desde los ochenta se sabía que el modelo debía cambiar. En este sentido, son paradigmáticas las Conferencias Internacionales de la Mujer que se suceden a lo largo de la década de los ochenta y los noventa, en las que se habla de igualdad, desarrollo y paz, y en donde se era consciente de que los avances en materia de igualdad favorecerían el desarrollo económico y la paz social.

Sin embargo, las estructuras familiares y la organización del trabajo en España siguen sin estar adaptadas a las exigencias que impone el nuevo modelo económico y de vida. En este momento, conviven en nuestro país las viejas estructuras familiares, en las que el marido/cabeza de familia/productor es el que asume la responsabilidad del mantenimiento económico del hogar, junto a nuevas estructuras familiares en las que ambos progenitores trabajan y asumen de un modo desequilibrado, en la mayoría de los casos, el reparto del trabajo del cuidado y el trabajo doméstico. Ante este panorama, la LOIMH se revela como una pieza clave en la promoción de la nueva organización de trabajo, la corres-

ponsabilidad de todos y todas en el trabajo de cuidado y doméstico y el incremento de la productividad por la plena utilización de todos los cerebros y esfuerzos, para avanzar en los objetivos sociopolíticos que la propia Ley declara: democracia, justicia y solidaridad.

En este difícil contexto macroeconómico debe aplicarse una ley como la LOIMH, que trata de modificar viejas prácticas no productivas y romper estereotipos y prejuicios que impiden el desarrollo y la optimización de los recursos humanos disponibles. Acercarse a los objetivos establecidos en Lisboa para incrementar la competitividad y productividad obliga a cambios culturales profundos, todo lo cual hacía necesario realizar un estudio sobre la aplicabilidad de la LOIMH, cuyos resultados se recogen en este informe.

El estudio que aquí se presenta no sólo persigue desarrollar buenas prácticas y mostrar los problemas interpretativos existentes. También pretende reflexionar en el marco limitado de la LOIMH sobre las funciones del Derecho en la sociedad actual y sobre la responsabilidad de los actores sociales e institucionales en la implantación de la justicia. Cuando el poder judicial reconoce y menciona expresamente la LOIMH en sus decisiones y la sitúa en el marco interpretativo del Derecho antidiscriminatorio, en el que cobra sentido y valor, manda un mensaje claro a toda la sociedad: hay que hacer realidad la igualdad efectiva de mujeres y hombres en todos los contextos y esferas de la vida.

ASPECTOS METODOLÓGICOS

La LOIMH es, en más de la mitad de su contenido, una ley que modifica otras leyes. De manera concreta, las leyes modificadas a través de las Disposiciones Adicionales son las siguientes:

- Ley Orgánica del Poder Judicial,
- Ley Orgánica del Régimen Electoral General,
- Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal,
- Ley de Enjuiciamiento Civil,
- Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa,
- Ley por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE,
- Ley General de Sanidad,
- Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud,
- Ley del Estatuto de los Trabajadores,
- Ley de Prevención de Riesgos Laborales,
- Ley de Procedimiento Laboral,
- Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social,
- Real Decreto Ley por el que se regulan las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social de los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadores durante los periodos de descanso por maternidad, adopción o acogimientos,

- Ley de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de la calidad de 2001,
- Ley de Empleo 56/2003,
- Ley General de la Seguridad Social,
- Ley de Medidas para la reforma de la función pública,
- Ley del Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas,
- Ley sobre Seguridad Social de Funcionarios Civiles del Estado,
- Ley 55/2003 del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud,
- Ley del Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil,
- Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios,
- Ley de Sociedades Anónimas
- Ley de Creación del Instituto de la Mujer y
- Ley de Ordenación de los Cuerpos Especiales Penitenciarios y de Creación del Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias.

Precisamente, la amplitud y heterogeneidad de las reformas previstas por la LOIMH ha supuesto una gran dificultad en el rastreo de su aplicación en la pluralidad de materias y de contextos sobre los que actúa.

Por lo tanto, el paso siguiente fue determinar qué contextos y materias podían ofrecer una imagen más clara de los cambios en curso. La selección de estos aspectos estuvo determinada por el propio nivel de conflictividad generada en torno a los mismos. Los ámbitos social y contencioso-administrativo se perfilaron, por el elevado número de sentencias que habían generado, como los ámbitos que mejor podían mostrar los cambios que la LOIMH trataba de introducir. Por lo demás, y con independencia de las normas de Derecho administrativo que la LOIMH reformaba a través de sus Disposiciones Adicionales, una parte importante del articulado de esta Ley se dedicaba de manera específica a la actuación de la Administración. Se trata, concretamente, del Título II, sobre Políticas públicas para la Igualdad, en cuyo Capítulo I, en el que se recogen los Principios generales, se establecen, dentro del art. 14, los criterios generales de actuación de los Poderes Públicos a los fines de esta Ley. El Capítulo II, relativo a la Acción administrativa para la Igualdad, dedica los artículos 23, 24, 25 y 26 a la integración del principio de igualdad en el sistema educativo, haciendo una especial referencia en el artículo 24.b) a la eliminación de los comportamientos y contenidos sexistas y estereotipos que supongan discriminación entre mujeres y hombres. El Título V, bajo el epígrafe “*El principio de igualdad en el empleo público*”, establece, en el Capítulo I, los criterios de actuación de las Administraciones Públicas, mientras que el Capítulo III fija las medidas de igualdad en el empleo para la Administración General del Estado y para los organismos públicos vinculados o dependientes de ella. En este mismo capítulo, el artículo 55 se ocupa del informe de impacto de género en las pruebas de acceso al empleo público, exigiéndose que la aprobación de convocatorias de pruebas selectivas para el acceso al empleo público se acompañe de un informe de impacto de género.

Así pues, la selección de materias se realizó con un doble criterio: por un lado se trataba de analizar aquellas situaciones en las que se venía observando una mayor tensión entre la igualdad formal y la igualdad efectiva de mujeres y hombres; y, por otro lado, se estimó pertinente mostrar, dado su impacto sobre la eficacia de la LOIMH, las resistencias que se estaban generando frente a ciertos contenidos suyos, como resultado de la permanencia de prejuicios y estereotipos que impiden el uso y ejercicio de los derechos en igualdad para mujeres y hombres.

También se consideró la necesidad de observar qué nivel de cumplimiento estaba teniendo la Ley 30/2003 sobre Medidas para Incorporar la Valoración de Impacto de Género en las Disposiciones Normativas que elabore el Gobierno, ya que esta Ley debe considerarse un precedente de la LOIMH. Se trata, en definitiva, de la primera norma que introduce en España la categoría y la perspectiva de *género*, con el fin, según se indica en su Exposición de Motivos, de “evitar consecuencias negativas no intencionales que favorezcan situaciones de discriminación y para mejorar la calidad y la eficacia de las políticas comunitarias”. Resultaba, pues, pertinente observar qué nivel de cumplimiento de esta exigencia normativa se estaba desarrollando y cómo se venía aplicando la perspectiva de género.

Por último, también se percibió que el estudio sobre la eficacia de la LOIMH y los problemas interpretativos que ésta presenta quedaban incompletos si no se analizaban las líneas jurisprudenciales desarrolladas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en torno a las materias objeto del estudio. Esta importante jurisprudencia, a través de la cual se desarrollan los marcos interpretativos que sobre igualdad de mujeres y hombres y no discriminación por razón de sexo se han de aplicar por los Estados miembros de la Unión Europea, permite mostrar hasta qué punto España está siguiendo, en el desarrollo de este principio y derecho a la igualdad de mujeres y hombres, y en la interpretación de la LOIMH, las líneas interpretativas establecidas por la jurisprudencia de esos tribunales.

Como consecuencia de todo lo expuesto, el estudio ha sido complejo pero sus fases pueden sintetizarse de la siguiente manera:

1ª Fase: recepción y análisis de un amplio elenco de sentencias, en su mayoría de la jurisdicción penal, enviadas por el CENDOJ (885). En esta primera etapa apenas se encontró un número significativo de sentencias en las que apareciera mencionada la LOIMH.

2ª Fase: Observada la dificultad de la búsqueda, y tras acordar por las razones anteriormente expuestas que el estudio se centraría en sentencias recaídas en las jurisdicciones social y contencioso-administrativa, así como en las emanadas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se decide realizar un

reparto de jurisdicciones entre los distintos grupos de trabajo, de manera que el grupo de la Universidad Autónoma de Barcelona se ocuparía de la jurisdicción social, el de la Universidad de Granada se encargaría de la jurisdicción contencioso–administrativa, y el grupo de Women’s Link trabajaría sobre la jurisprudencia de los mencionados tribunales europeos. A partir de este momento, cada uno de los grupos asumiría la responsabilidad de la búsqueda sobre las materias y jurisdicción asignada, así como el análisis de las mismas. Se acuerda, además, circunscribir el estudio a las sentencias halladas en la base de datos del Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) de cuya búsqueda también se responsabiliza cada grupo de trabajo.

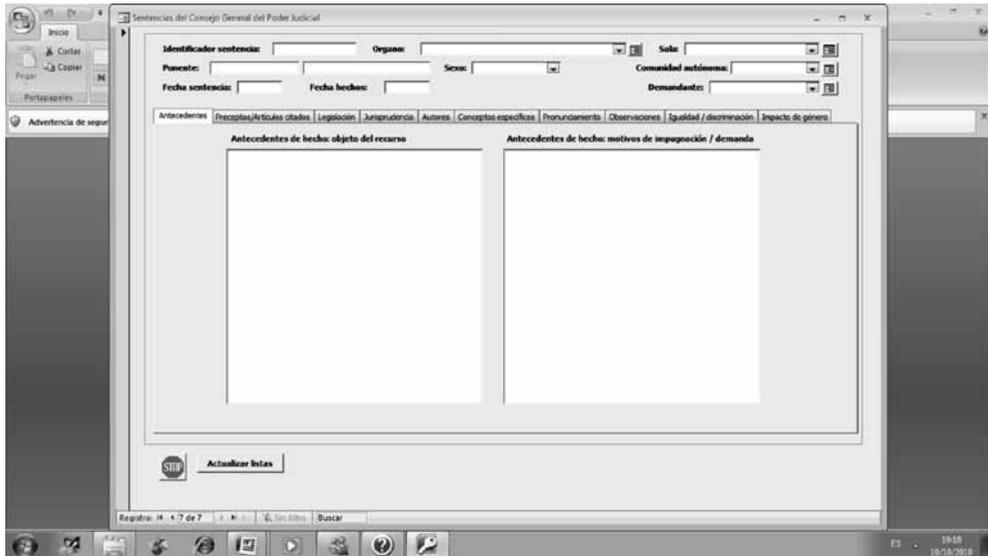
En cuanto al ámbito temporal de las sentencias, y aunque en un primer momento la búsqueda partió del año de entrada en vigor de la LOIMH, es decir, 2007, se decidió que, dada la cadencia de tiempo en la resolución de los casos, el estudio se centraría en las sentencias recaídas durante los años 2008 y 2009.

Tras delimitar material y temporalmente el trabajo, a la vista de los datos encontrados, se analizaron un total de 7.476 sentencias: 5.540, por parte del Grupo de investigación de Granada (Jurisdicción contencioso–administrativa), 1.880, por parte del grupo de Barcelona (Jurisdicción social) y 56 por parte del grupo de Women’s Link (Jurisdicción social, TEDH, TJUE). El análisis realizado permitió concretar las cuestiones o temáticas específicas sobre las cuales giraría finalmente este informe, las cuales han sido las siguientes:

- Informes del impacto de género
- Igualdad efectiva
- Discriminación
- Participación equilibrada
- Educación para la ciudadanía, en los contenidos relativos al género y la igualdad
- Acoso
- Despido por maternidad
- Conciliación de la vida personal, familiar y laboral
- Promoción profesional

Quedan fuera, pues, otros muchos aspectos que la LOIMH reforma, y que por la heterogeneidad y complejidad de los mismos, exigirán el tiempo y el espacio de futuros informes.

3ª Fase: elaboración de las distintas bases de datos por materias, mediante la realización de fichas técnicas, con el siguiente diseño:



Esta fase ha requerido:

- a) Agrupamiento de las sentencias por temáticas, para permitir la suma de información de los diferentes grupos de investigación.
- b) Lectura exhaustiva de las sentencias y selección de las relevantes para el estudio.
- c) Análisis pormenorizado de las sentencias seleccionadas.
- d) Realización de las fichas técnicas de aquellas sentencias que presentaban relación con las materias objeto de investigación. En este sentido, hay que precisar que:
 - 1) Las sentencias relativas a la participación paritaria y presencia equilibrada no se han incorporado a la base de datos porque las correspondientes al período 2008–2009 hacen referencia, fundamentalmente, al ámbito de la organización corporativa. Este es un aspecto que se decidió dejar fuera del informe, dada su compleja interrelación con el ámbito de la economía y la empresa, que, si bien son tocados en las sentencias analizadas, exigirían un estudio específico que excede el ámbito del que se ocupa este informe, y que no es otro que el de la jurisdicción.
 - 2) Debe tenerse en cuenta que las fichas técnicas de algunas sentencias compilan otras sentencias análogas e incluso idénticas en su contenido, de las que se da noticia en la pestaña de “observaciones”, que existe en la base de datos confeccionada. La

elección de algunas de ellas se basa en su carácter paradigmático, y esta situación es especialmente reseñable en el ámbito de la educación para la ciudadanía.

- e) La realización de la ficha ha exigido seleccionar y extraer toda la información contenida en las sentencias, para adecuarla a los ítems de la base de datos. A partir de las distintas bases de datos se han obtenido una serie de gráficas y datos estadísticos que se incluyen como anexo en este informe.
- f) Asimismo, se han seleccionado, para su inclusión en la Web del CGPJ, algunas sentencias que muestran un correcto conocimiento del Derecho antidiscriminatorio y de los nuevos instrumentos jurídicos desarrollados en la LOIMH.

Debe resaltarse que la especificidad de las jurisdicciones analizadas ha determinado la estructura y el desarrollo de los contenidos, dentro de cada una de las partes que integran este estudio, las cuales se han dedicado, respectivamente, a la jurisdicción social y a la jurisdicción contencioso-administrativa, dentro del Estado español, y a las sentencias emanadas del TEDH y del TJUE. Asimismo, la especificidad de las partes viene determinada por la pluralidad de equipos de trabajo.

Número total de sentencias analizadas:

	Número inicial de sentencias	Núm. resultante tras 1ª revisión	Núm. resultante objeto de estudio
Informe de evaluación de impacto de género	315	43	43
Reducción de jornada por cuidado de hijos/hijas	145	110	46
Reducción de jornada por cuidado de familiares	64	13	8
Excedencia por cuidado de hijos/hijas	294	98	39
Excedencia por cuidado de familiares	201	16	2
Distribución de jornada	131	55	39
Permiso de Paternidad	31	19	13
Despido por maternidad o embarazo	544	124	97
Acoso sexual	132	74	49
Acoso por razón de sexo	25	12	9
promocion (ámbito social)	–	82	16
Acoso moral y sexual	17	17	9
Igualdad/discriminación	310	249	36
Promoción (ámbito contencioso)	11	8	8
Permisos y excedencias	3123	76	6
Reducción de jornada y concreción horaria	822	104	53
Educación para la ciudadanía	816	333	19
Tribunales UE (TJUE y TEDH)	–	–	46
TOTALES	4266	519	386

ANTECEDENTES NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES A LA LOIMH RELATIVOS AL GÉNERO Y LA PERSPECTIVA DE GÉNERO: LOS INFORMES DE EVALUACIÓN DE IMPACTO DE GÉNERO (IEIG)

I. Justificación

El estudio acerca de la integración en nuestro ordenamiento jurídico del principio de igualdad efectiva de mujeres y hombres se inicia con el análisis de las sentencias relativas a los informes de impacto de género. Estas sentencias, recaídas en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, se han venido a considerar aquí como antecedentes a la LOIMH.

La forma en que se han buscado y seleccionado las sentencias estudiadas puede sintetizarse de la siguiente forma:

	Número inicial de sentencias	Núm. resultante tras 1ª revisión	Núm. resultante objeto de estudio
Informe de evaluación de impacto de género	315	43	43

En las sentencias analizadas, los demandantes son, sobre todo, organizaciones sociales (24). También han presentado reclamaciones las empresas (7), los sindicatos (5), los organismos públicos (4) y hombres (3). Ninguna mujer figura como demandante en las sentencias analizadas.

También debe resaltarse que la Comunidad Autónoma donde más sentencias sobre impacto de género se han producido es en Cataluña (hasta 32). Con un número bastante menor están Madrid (5), y Cantabria, Andalucía e Islas Baleares (todas ellas, con 1 sentencia).

II. Análisis de las sentencias sobre informes de evaluación de impacto de género (IEIG)

La Exposición de Motivos de la L.O. 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres reputa a los IEIG como instrumentos básicos para la consecución de la igualdad efectiva inter-géneros, y amplía su obligatoriedad, en el art. 19 de la LOIMH, desde las disposiciones de carácter general que ya estaban previstas en la Ley 30/2003, a los planes de especial relevancia económica, social, cultural y artística que se sometan a la aprobación del Consejo de Ministros. Sobre este particular, se ha de destacar también lo dispuesto por el artículo 15 de la LOIMH sobre *“Transversalidad del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres”* que reza: *“El principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos. Las Administraciones públicas lo integrarán, de forma activa, en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades”*.

Dicho esto, y en tanto en cuanto los IEIG constituyen una herramienta fundamental para conseguir la igualdad de oportunidades desde las políticas generales, y se desarrolla la estrategia de la transversalidad (mainstreaming) en ámbitos de los que ha estado tradicionalmente excluido, se entiende que su exigencia por parte del legislador y su persecución por parte del poder judicial puede suponer un paso adelante en la consecución de la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Se trata de dotar a la producción legislativa del enfoque de género necesario, visualizar que la acción pública puede afectar a mujeres y a hombres de forma diferenciada, así como mostrar la no neutralidad de las normas jurídicas. Por su relevancia, se debería perseguir no sólo el cumplimiento meramente formal del trámite del IEIG exigido –ahora además por ley orgánica (L.O.3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres)–, sino su efectiva motivación. Todo ello amparado en la jurisprudencia del TS, recogida en la STS de 21 de enero de 1998, sobre trascendencia de los trámites procedimentales, requisito “sine qua non” del ejercicio válido de la potestad reglamentaria; y la STS de 13 de noviembre de 2000 (Sala 3ª, de 13 de noviembre de 2000, rec. 513/98) que se pronuncia en torno al procedimiento de elaboración de los reglamentos y que exige (FJ 4º) *el cumplimiento de determinados requisitos en*

tanto que procedimiento especial. Su observancia tiene un carácter “ad solemnitatem” y su defectuoso cumplimiento puede arrastrar la nulidad de la disposición que la dicte. Se exige motivación de la regulación que se adopta.

Sin embargo, como rasgo general y a modo de avance, se detecta en las sentencias analizadas un significativo desinterés por parte de los Tribunales con respecto a los IEIG. Ídem cabe afirmar con respecto a sus elaboradores quienes los eluden utilizando fórmulas vagas, e incluso los propios destinatarios¹, quienes no reparan en el IEIG (ya fuere en su ausencia, o a su no motivación) como causa de nulidad², y sí en otras causas que consideran relevantes, tales como los informes económicos, o la audiencia de las partes.

El análisis de las sentencias se retrotrae al año 2004, habida cuenta de que la obligación de incorporar IEIG en el proceso de elaboración de las disposiciones normativas que elabore el Gobierno, tanto a proyectos de ley³ como a reglamentos⁴ es introducida, como se ha explicado, no por la Ley de Igualdad, sino por la Ley 30/2003, de 13 de octubre sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno, modificando la Ley 50/1997, de 27 de noviembre,

1 Éste es el caso de la STSJ MAD 638/2009, de 30/01/2009. El Tribunal hace constar que obra en el expediente, pero no se interesa específicamente por el mismo. En su FJ 2º afirma que todos los antecedentes –donde se incluye el IEIG– se encuentran debidamente documentados. Desconocemos si el Tribunal se interesó por el mismo, y si constató su efectiva motivación, amén de la autoría, fecha, contenido del mismo. Tampoco fue expresamente alegado por la parte actora. Se detecta, pues, cierto desinterés en torno al IEIG, y no propiamente por el aplicador último de la norma quién, al menos, lo menciona como obrante en el expediente, aunque pareciera una mera formalidad, sino por la parte actora, quien ni siquiera lo alega.

2 STSJ CAT 14321/2005, de 12/07/2005. En este caso, la parte actora subraya los requisitos exigidos por el art. 63 de la Ley 13/89, entre los que se incluye el IEIG, sin embargo, luego no lo alega como motivo de nulidad, y sí (FJ 2º) *“la falta de justificación de la oportunidad y la adecuación de las medidas propuestas a los fines perseguidos, (así como) la falta del estudi econòmic en termes del cost–benefici”* y del *“estudi del cost i del finançament”*. Ídem sucede en la STS de 9/01/2007, en donde el Tribunal se asombra de que pese a que la parte recurrente *“le sorprende todavía más la existencia de un informe sobre la valoración del impacto por razón de género emitido sin fecha ni firma del funcionario o funcionaria, encargado/a de realizarlo, lo que califica como absoluta falta de sensibilidad evidenciando la simple intención de cubrir el trámite (...) No obstante tales alegatos no se encuentren acompañados de pretensiones de anulación ni siquiera respecto a lo que, certeramente, califica como mero cumplimiento formal del informe exigido por el art. 24.1.b) de la Ley 50/1997, del Gobierno, tras la modificación operada por la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno”*.

3 Se modifica el apartado 2 del art. 22.2 de l Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, quedando redactado de la siguiente forma: *“El procedimiento de elaboración de proyectos de ley a que se refiere el apartado anterior, se iniciará en el ministerio o ministerios competentes mediante la elaboración del correspondiente anteproyecto, que irá acompañado por la memoria, los estudios o informes sobre la necesidad y oportunidad del mismo, un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en el mismo, así como por una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar. En todo caso, los anteproyectos de ley habrán de ser informados por la Secretaría General Técnica”*.

4 Se añade un párrafo al art. 24. 1 b, que reza: *“En todo caso, los reglamentos deberán ir acompañados de un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establezcan en el mismo”*.

del Gobierno. De hecho, de las 43 sentencias analizadas, sólo una de ellas hace referencia a la L.O. 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Se trata de la STSJ de Cantabria 178/2009, de 27 de febrero de 2009, y se detecta una importante confusión en las categorías utilizadas por el Tribunal entre desigualdad/discriminación e igualdad de oportunidades e igualdad efectiva, lo que genera que no se afronte jurisdiccionalmente la promoción de la igualdad y la lucha contra la discriminación que la L.O.3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, exige. Así, en el Recurso contencioso-administrativo nº 505/2008, interpuesto por la Administración General del Estado, contra el Pacto de condiciones laborales de los funcionarios, aprobado por el Pleno del Ayuntamiento de Castro Urdiales de 23 de febrero de 2008, por el que se aprueba el Catálogo y Valoración de puestos de trabajo de la citada Corporación Municipal, el Abogado del Estado alega, entre otros aspectos, (FJ 2) *“La omisión de la provisión de puestos de trabajo y de incidencias por razón de género con vulneración del art. 51.a), f) y g) de la Ley 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad”*. Al respecto, el TSJ de Cantabria desestima el recurso en tanto que considera que el Catálogo y Valoración de puestos de trabajo del Ayuntamiento de Castro Urdiales no ha vulnerado los art. 51.1.a), f) y g), ni tampoco los art. 55 y 61 de la Ley de Igualdad. Cabe destacar tres de los criterios de actuación de las Administraciones Públicas: remover obstáculos (51.1.a), establecer medidas efectivas para eliminar discriminación retributiva directa o indirecta (51.1.f) y evaluar periódicamente (51.1.g).

El Tribunal se pronuncia en su FJ4:

“En el caso de autos, se cumple rigurosamente el precepto, art. 74 EBEP, y es que se consigna en cada uno de los puestos del Catálogo, la provisión por concurso y demás, sin dato previo, acerca del sexo de la persona que ocupará el mismo, como opone la Administración Municipal, consecuencia de ello, es que no es discriminatorio y resulta respetuoso con el principio de igualdad el instrumento municipal aprobado que regula y estructura su organización de personal. Ahora, se trata de observar si se ha cumplido con la legislación igualatoria, y si ésta exigía un “plus” de la relación de puestos de trabajo aprobado y a la cual se le imputa su infracción del Ordenamiento jurídico por tal cuestión”.

Entiende el Tribunal que el Catálogo Municipal garantiza la no discriminación por razón de sexo, acorde con la garantía recogida en el art. 55 de la Ley de Igualdad y que *“no conculca por defecto la provisión”* de la Ley de Igualdad. Con respecto a las evaluaciones periódicas, y en tanto *“el Consistorio municipal se compromete a cometer tales evaluaciones periódicas del principio de igualdad y le señala diversos supuestos concretos, detallados (...) que se consideran por la Sala que son concordantes con el espíritu de la normativa y los criterios de igualdad expuestos, que deben ser desarrollados y que significan la intención y entendimiento de la Administración Municipal de tal normativa pero que no se le exigen como requisitos a contenerse en el Acto impugnado”*. El Tribunal no especifica cuáles son, solo

manifiesta su valoración, entendiéndolos concordes con el espíritu de la normativa y los criterios de igualdad expuestos en la sentencia.

En lo que respecta al IEIG, el Tribunal menciona la exigencia del mismo por el art. 55 de la Ley de Igualdad, en las pruebas de acceso al empleo público, sin embargo, se desconoce si hubo éste y el contenido del mismo, por obviarse en la argumentación de la sentencia. Probablemente, no existió tal IEIG, habida cuenta de la importante confusión del Tribunal –al unísono con lo alegado por el Ayuntamiento de Castro Urdiales– entre desigualdad/discriminación e igualdad de oportunidades e igualdad efectiva. Ello le lleva a confirmar: “*respecto al Catálogo y Valoración de puestos de trabajo aprobado, que se impugna, ha respetado y no conculca por defecto de previsión la Ley Orgánica de Igualdad (3/07), ni el art. 74 del EBEP*” (FJ 4 in fine), ya que “*se consigna en cada uno de los puestos del Catálogo, la provisión por concurso, y demás, sin dato previo, acerca del sexo de la persona que ocupará el mismo*” (FJ 4). Afirmar que las medidas no producen impacto de género por no contener la norma medidas discriminatorias, significa desconocer el concepto jurídico de discriminación indirecta, entre otros. Y es que un IEIG no puede quedarse simplemente en la exigencia de neutralidad del lenguaje normativo para corregir tan sólo discriminaciones directas, sino que debe dar cuenta de la realidad social a la que se aplica y exige, pues, el análisis de los datos desagregados según sexo. Este análisis es el que mostrará las diferencias existentes en mujeres y en hombres, y el diferente impacto o no que sobre la realidad tendrá la norma o disposición aplicable.

Como dato curioso, se detecta un error al asignar un contenido distinto al artículo 61 de la Ley de Igualdad. De este modo, de un artículo que va destinado a la formación para la igualdad (temario de oposiciones y la obligatoriedad por parte de la Administración de impartir cursos sobre igualdad de oportunidades y prevención de violencia de género), afirma el Tribunal en su FJ 4º que “*el artículo 61 sobre procesos selectivos al empleo público, ordena que garantizarán la libre concurrencia, sin perjuicio de las medidas de discriminación positiva*”.

Por último, resulta interesante el uso incorrecto del lenguaje, al aparecer Doña Clara Penín Alegre como Iltmo. Presidente Actal., y Doña M^a Josefa Artaza Bilbao invisibilizada tras el rótulo Iltmos. Sres. Magistrados, junto a D. Juan Piqueras Valls.

A nivel autonómico, sólo una sentencia de las 43 analizadas hace referencia a la Ley de Igualdad autonómica, en este caso de la Comunidad Balear –Ley 12/2006, para la mujer (art. 7)–. Se trata de la STSJ BAL 738/2009; REC 276/07; RES 554/09, de 23/07/2009. Sin embargo, y pese a que se alega el incumplimiento del IEIG por la parte actora, el TSJ no entra al fondo de este asunto, ni lo menciona, ya que inadmite el recurso por cuestiones de falta de legitimación procesal. En lo que a nuestro asunto se refiere, y sin entrar a mayores, en este caso hubiera sido fundamental la persecución del IEIG, y de su efectiva

motivación, habida cuenta de que el asunto que se pretende impugnar afecta, entre otros particulares, a la plantilla de trabajo de las empresas, así como al contenido de la formación que han de tener, y a la acreditación de dicha formación.

Aunque paralelamente, a nivel autonómico, las distintas Comunidades Autónomas⁵ habían incorporado a su ordenamiento la exigencia del IEIG, tanto en el proceso de elaboración de los proyectos de ley como de los reglamentos que aprueben los Consejos de Gobierno, así como el pertinente –aunque mejorable– desarrollo reglamentario, sin embargo, sólo se ha detectado la referencia específica a la legislación autonómica en las 32 sentencias emanadas del TSJ de Cataluña⁶ que, por otra parte, conforman una parte significativa del muestreo analizado. En lo que a la Comunidad Autónoma andaluza se refiere, y pese a promulgarse la Ley 18/2003, de 29 de diciembre por la que se aprueban medidas fiscales y administrativas⁷, desarrollada posteriormente por el Decreto 93/2004, de 9 de marzo, que regula el informe de evaluación de impacto de género en los proyectos de ley y reglamentos que apruebe el Consejo de Gobierno⁸, ésta no aparece citada en la jurisprudencia analizada. Éste es el caso de la STSJ AND 16321/2008, de 15/12/2008, que no alude a la misma, además de omitir tanto en los fundamentos jurídicos, como en el fallo, la inexistencia del informe de impacto de género (IEIG), centrándose en el trámite de audiencia, pese a haber sido alegado por la parte recurrente.

5 Paralelamente, a nivel autonómico, distintas Comunidades Autónomas tales como Cataluña, Andalucía, País Vasco, Galicia, Extremadura..., incorporaron a su ordenamiento la exigencia del IEIG tanto en el proceso de elaboración de Proyectos de Ley como de los Reglamentos que aprueben los Consejos de Gobierno. Algunos de estos esfuerzos normativos autonómicos requieren especial mención, por encontrarse regulados con mayor rigor que el estatal y desarrollados reglamentariamente, aunque resulten mejorables. Merece destacarse, a nivel andaluz, el Decreto 93/2004, de 9 de marzo, por el que se regula el informe de evaluación del impacto de género en los proyectos de ley y reglamentos que apruebe el Consejo de Gobierno; así como la “Guía de aplicación práctica, para la elaboración de Informes de Evaluación de Impacto de Género de las Disposiciones Normativas que elabore el Gobierno, de acuerdo a la Ley 30/2003”. Entre otros aspectos, establece la participación del Instituto Andaluz de la mujer en el proceso de elaboración de los Informes de Evaluación de Impacto de Género, a través de un mecanismo de retroalimentación entre el Centro Directivo Competente que elabora el Informe y el Instituto Andaluz de la Mujer (IAM) que los revisa, los enriquece y señala las observaciones pertinentes en un Informe de Observaciones que acompaña el primero (IOIEIG). Ídem sucede con la *Llei del Parlament 13/89, de 14 de diciembre, de Organització, Procediment, y Règim Jurídic de la Administració de la Generalitat de Catalunya*, que fue modificada por Llei 4/2001, de 9 de abril.

6 En concreto, el art. 63.2 de la Llei del Parlament prevé, entre otros aspectos, como garantía de control de un posible ejercicio arbitrario de la potestad reglamentaria que: “La propuesta de disposición ha de ir acompañada de una memoria, la cual ha de expresar en primer lugar el marco normativo en el que la propuesta se inserta, ha de justificar su oportunidad y la adecuación de las medidas propuestas a los fines que se persiguen, *ha de valorar la perspectiva de igualdad género*, y ha de hacer referencia a las consultas que pueden haberse formulado y a otros datos de interés para conocer el proceso de elaboración de la norma. A la propuesta de disposición también se ha de adjuntar (además de un estudio económico), una lista de disposiciones afectadas y la tabla de vigencias de disposiciones anteriores) d) Un informe interdepartamental de impacto de género de las medidas establecidas en la disposición...”

7 BOJA nº 251, de 31 de diciembre de 2003.

8 BOJA nº 50, de 12 de marzo de 2004.

Con respecto a las sentencias emanadas del TSJ Cataluña, se detecta una doble tendencia jurisprudencial:

A) Por una parte, nos encontramos con sentencias que tienden a considerar que la falta de estos informes no conlleva trascendencia invalidante. En este sentido, se detecta un importante desinterés y escasa sensibilidad de los tribunales hacia la importancia del IEIG, al no considerarlo relevante, ni concederle efecto invalidante alguno a la disposición recurrida. Se apoyan en las sentencias del TS tales como STS 31/03/2005 y la STS 16/05/2003 (fuera del supuesto específico del STS 13/11/2000). En este sentido, merecen destacarse, entre otras: la STSJ CAT 7454/2008, de 6/06/2008 –o incluso las anteriores STSJ CAT 999/2005, de 27/01/2005; y la STSJ CAT 9465/2005, de 15/09/2005–; y la STSJ CAT 8939/2007, de 28/06/2007, donde se destaca (FJ 4º), al respecto, *“que la parte actora evidentemente planea en una tesitura eminentemente formalista y olvida las concretas especificidades del puntual contenido que impugna”* y (...) *que no se alcanza la relevancia, trascendencia y alcance real de lo denunciado por omitido*”. (FJ 3º, STSJ CAT de 15/09/2005), *“Más todavía cuando tampoco se alcanza cuál puede ser la relevancia del caso que se presenta respecto al fondo de la regulación que debe ocuparnos”*; o (FJ 2º, STSJ CAT de 6/06/ 2008) *“A la ausencia de estudio de impacto de género, dado el contenido del Decreto –adopción de medidas excepcionales en relación con los recursos hídricos–, no puede dársele efecto invalidante alguno”*. Ciertamente, tampoco la parte recurrente, en ninguno de los recursos, insistió en el asunto, ni argumentó sobre el daño que pudiera ocasionar su ausencia. Tampoco la Comisión Jurídica Asesora alude al incumplimiento grave de este. Sin embargo, esto no es excusa para que el Tribunal hubiera perseguido su efectivo cumplimiento (formal y motivado), exigido –ahora también– por Ley Orgánica (L.O.3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres). La Ley de Igualdad es consciente de la no neutralidad de ámbitos como el urbanismo, o el mundo rural, y de ahí la importancia –y la obligación legal– de argumentar acerca del impacto o no por razón de género, y no esconderse tras fórmulas genéricas ni banalizar su importancia.

B) Por otra parte, se ha detectado una reciente e incipiente línea jurisprudencial impulsada tímidamente por el TSJ de Cataluña que apuesta por la *“trascendencia invalidante de la omisión de estudios e informes previos, exigidos por el artículo 129 LPA en garantía de legalidad, acierto y oportunidad de la disposición proyectada”*. Esta línea se apoya en la jurisprudencia del TS recogida en las STS 10 y 27 de julio de 1990 y de 2 de junio de 1997. Sobre este particular, la jurisprudencia del TS ha declarado que *“la exigencia de un determinado procedimiento para dictar reglamentos provoca la nulidad de pleno derecho”* (STS de 11 de julio de 1996). Merece destacarse la STSJ CAT 10825/2008, de 25/09/08; y la STSJ CAT 3164/2009 (Recurso de lesividad), de 10/03/2009. Parece muy positiva la motivación y fallo de ambas sentencias, reparando expresamente –sin obviarlo– la carencia del IEIG, como requisito imprescindible en el proceso de elaboración de una disposición

reglamentaria. Estas sentencias⁹ pueden iniciar un hito jurisprudencial fundamental en la apuesta por la igualdad efectiva de mujeres y hombres, rompiendo con la línea tradicionalmente defendida por el ponente en sentencias anteriores (STSJ CAT 14321/2005, de 12/07/2005; STSJ CAT 225/2007, de 8/03/2007; STSJ CAT 135/2007, de 8/03/2007; STSJ CAT 4227/2008, de 8/04/2008), así como por otros magistrados, menos sensibles a la importancia del IEIG como garantía del principio de igualdad efectiva. Y esto es así, porque aun cuando *“es evidente que no toda inobservancia del procedimiento determina por sí la invalidez de una disposición, también lo es que cuando se trata de un procedimiento para elaborar normas o fuentes del Derecho, el ordenamiento consagra las máximas garantías, constituyendo justamente el procedimiento una garantía fundamental”*¹⁰.

Merece destacarse parte de su motivación:

“(L)a Administración demandada incurrió en un incumplimiento palmario y con alcance sustantivo de las previsiones contenidas en los arts. 63.2 y 64 de la Llei 13/89, consistente tanto en la ausencia de documentos preceptivos, que obligatoriamente debían de figurar ya en el expediente –el estudio económico y el informe sobre impacto de género– como en la insuficiencia de las respectivas memorias justificativas, agravada por la inexistencia de las exposiciones de motivos de las disposiciones, y todavía en el caso de la primera (Decret 22/2005), la exclusión, en el texto del proyecto, de la Disposición Transitoria aquí impugnada”. Entiende, asimismo, que de toda esta documentación prevista “taxativamente” en el art. 63.2, no puede la Administración sustraerse *“a su criterio y voluntad o por desidia o negligencia omisiva (...) so pena de vaciar de contenido ese trámite esencial”*. En el asunto tratado, merece destacarse el papel de la Comisión Jurídica Asesoras que en sus respectivos informes, hacía especial referencia a la inexistencia de los IEIG y la pertinencia de su incorporación al expediente, junto a otros requerimientos, antes del trámite de audiencia.

9 En este sentido, merece destacarse también la STSJ CAT 6905/2009, de 12/03/2009. Se ha de valorar como positivo, en esta sentencia, la apuesta por la efectiva motivación –y no mero cumplimiento formal “en apariencia”– de los requisitos establecidos en el proceso de elaboración de las disposiciones generales, insistiendo en su FJ 5º que *“tampoco se valoró la perspectiva de igualdad de Género”*. Se subrayan los requisitos exigidos por el art. 63.2 de organización, procedimiento y régimen jurídico de la administración de la Generalidad de Cataluña que destaca específicamente, entre otros: la necesidad de valoración de la perspectiva de igualdad de género y el acompañamiento de IEIG. El Tribunal lo señala en sus fundamentos jurídicos y destaca su ausencia, con entidad propia, en el proceso de elaboración de la disposición general impugnada, subrayando que la propuesta de una disposición general, en su proceso de elaboración, no sólo se compone del proyecto y de una memoria, sino que se deben adjuntar además, a) un estudio económico, b) una lista de disposiciones afectadas, c) la tabla de vigencias de disposiciones anteriores y d) *el informe interdepartamental del impacto de género*. Posteriormente, el Tribunal se olvida del mismo (lapsus) en su FJ 7º cuando concluye, omitiéndolo, y haciendo referencia expresa al resto de los requisitos incumplidos. Se admite el recurso.

10 STSJ CAT 13520/2005, de 29/12/2005. En esta sentencia se recoge la existencia del IEIG, emitido por el Instituto de la Dona y debidamente fechado. Se estima el recurso, y se anula el Decreto 284/2002, de 12 de noviembre, impugnado, por carecer de iniciativa formal alguna.

Cierto es que existen dos sentencias posteriores del mismo ponente, STSJ CAT 4426/2009, de 8/06/2009 y STSJ CAT 4433/2009, de 11/06/2010, en las que se detecta cierto retroceso. En ambos asuntos, la memoria sí iba acompañada de la valoración de impacto de género, aunque no se sometió ni a la audiencia de las partes interesadas, ni tampoco a información pública. No obstante, el Tribunal no entra en el contenido del IEIG, ni tampoco la parte recurrente se interesa especialmente por este particular. Sin embargo, se valora como positivo que se subrayen los requisitos exigidos por el art. 63.2, de organización, procedimiento y régimen jurídico de la administración de la Generalidad de Cataluña. Y es que debería perseguirse no sólo el cumplimiento meramente formal del trámite del IEIG exigido, sino su efectiva motivación.

Y ello es así, porque no apostar por la persecución y motivación de los IEIG, apostando por fórmulas genéricas, tales como “*carecen de impacto por razón de género*”¹¹ implica que lejos de favorecer la eliminación de brechas de desigualdad de mujeres y hombres, éstas las afianzarán. Dan por sentado en su redacción global, que se han hecho todos los análisis acerca de los posibles efectos positivos y negativos que podría conllevar el desarrollo de la disposición normativa, y que en caso de haber hallado efectos negativos, éstos habrían sido ya corregidos. Un buen ejemplo de ello podría ser la STSJ CAT 2250/2008, de 28/02/2008, donde se desestima el recurso planteado contra el Decreto 478/2004, de 28 de diciembre, “de reestructuración del Departamento de Cultura”, esgrimiendo en el FJ 2º que “*Como resulta del examen del expediente administrativo (...) se cumplieron escrupulosamente todos los trámites consignados en el art. 63.1 de la Ley 13/1989, ya que a la propuesta del Decreto se acompañó una memoria justificativa y una memoria económica, así como una lista de disposiciones afectadas y de vigencias, se interesó la emisión de un informe interdepartamental de impacto de género, habiendo efectuado dos estudios económicos y un informe de la Dirección General de Presupuestos del Tesoro*”. En lo que al IEIG se refiere, además de interesarse por la emisión del mismo, debía haberse perseguido su efectiva cumplimentación.

11 Véase STS 3368/2009, de 6/05/2009, FJ 2º de la Sentencia de instancia, recogido en el FJ 4: “*De la documental que obra en el expediente se deduce que existe una valoración económica en el sentido de que la aprobación de dicha Orden no conlleva gasto alguno, como igualmente no conlleva impacto alguno por razón de género. Tales indicaciones, a pesar de su brevedad, son suficientes para dar cumplimiento a las exigencias derivadas de dicho precepto, sin que la actora haya concretado qué otras exigencias relativas a dichos informes son necesarias para que los mismos tengan un contenido suficiente*”. Al respecto, el Abogado del Estado insiste: “*Es obvio que, esta disposición que aprueba el Reglamento de la Denominación de Origen calificada “Rioja” y su Consejo Regulador no tiene incidencia en la materia de Género*”.

En esta línea, se ha detectado en algunas de las sentencias analizadas, el compromiso de perseguir la motivación de algunos de los requisitos¹² establecidos en el proceso de elaboración de la disposición de carácter general impugnada, incluso entrando en el contenido de los mismos. Pero así como se ha constatado la preocupación general de los Tribunales por perseguir desde el fondo algunos de los trámites exigidos junto al borrador y a la memoria¹³ (a saber: a) un estudio económico¹⁴; b) una lista de las disposiciones afectadas; c) la tabla de vigencias de disposiciones anteriores), así como el trámite de audiencia¹⁵, y la información pública con todas las entidades interesadas, no suele repararse en el contenido motivado del IEIG, en caso de que lo incorporara el expediente. Todo ello pese a que el artículo 63 insiste en que la memoria ha de expresar su oportunidad y la adecuación de las medidas a los objetivos marcados, *valorar la perspectiva de igualdad de género* y las consultas que se puedan haber formulado, junto a otros datos de interés, y además adjuntar, entre otros requerimientos, *“un informe interdepartamental del impacto de género de las medidas establecidas en la disposición”*.

En esta tarea de persecución de una efectiva motivación de los IEIG, como garantía básica procedimental, ha de estar comprometida la Comisión Jurídica Asesora, que debe exigir y perseguir en sus respectivos informes, la referencia a la inexistencia de los IEIG y la pertinencia de su incorporación al expediente de manera rigurosa, junto a otros requerimientos, antes del trámite de audiencia. En la sentencia anteriormente señalada (STSJ CAT 10825/2008 de 25/09/08) se destaca que a esta le *“corresponde dictaminar*

12 Éste es el caso de la STSJ CAT 999/2005, de 27/01/2005. En la Sentencia no se alude al IEIG, pese a que no se recoge en el expediente. Se insiste básicamente en el aspecto económico (repercusiones económicas, oportunidad y adecuación de las medidas y carencia de un verdadero estudio económico) y en la necesidad de motivación al respecto, ya que en palabras del ponente *“basta una simple lectura del contenido de la memoria para poder afirmar, sin ningún género de dudas, que la oportunidad y adecuación de las medidas propuestas consiste, lisa y llanamente, en una transcripción de aquellos preceptos de la Ley 17/2000, de 29 de diciembre, de equipamientos comerciales que prevén un desarrollo reglamentario, y el estudio económico no refleja, en modo alguno, las repercusiones que en función del coste–beneficio se derivan del mismo, que no pueden limitarse tan sólo al hecho de decir que no comporta coste alguno por ser gestionado por la misma unidad administrativa que tenía encomendada esta función en el marco legal anterior, dada las repercusiones económicas que tiene el Decreto aquí impugnado”*. Al respecto, debe señalarse que, ni la parte actora alegó su inexistencia, ni la Comisión Jurídica Asesora 545/2001, echó de menos esta exigencia procedimental en su informe.

13 Se debe señalar que la memoria ha de expresar su oportunidad y la adecuación de las medidas a los objetivos marcados, valorar la perspectiva de igualdad de género y las consultas que se puedan haber formulado, junto a otros datos de interés. STSJ CAT 225/2007, de 8/03/2007; STSJ CAT 4227/2008 de 8/04/2008, STSJ CAT 135/2007, de 8/03/2007.

14 STSJ CAT 9058/2007, de 15/06/2007; STSJ CAT 405/2005, de 14/01/2005; STSJ CAT 10827/2008, de 26/09/2008; STSJ CAT 715/2005, de 20/01/2005; STSJ CAT 4140/2005, de 5/04/2005.

15 STSJ AND 16321/2008, de 15/12/2008; STSJ CAT 4433/2009, de 11/06/2009; STSJ CAT 4426/2009, de 8/06/2009; STSJ CAT 3190/2009, de 25/02/2009; STSJ CAT 3191/2009, de 25/02/2009; STSJ CAT 6901/2009, de 16/03/2009; STSJ CAT 6914/2009, de 13/03/2009; STSJ CAT 6919/2009, de 23/03/2009; STSJ CAT 6902/2009, de 17/03/2009; STSJ CAT 6903/2009, de 17/03/2009, STSJ CAT 6904/2009, de 17/03/2009; STSJ CAT 11658/2009, de 23/09/2009.

preceptivamente” sobre todos estos aspectos procedimentales, pero desafortunadamente, no resulta ser una constante, sino todo lo contrario, en el grosso de las sentencias analizadas. Tal es el caso de la STSJ CAT 999/2005, de 27/01/2005.

Las sentencias analizadas de la Audiencia Nacional (4) y del Tribunal Supremo (4), no parecen interesarse por el seguimiento de los IEIG, ni reparar en la importancia de los mismos con trascendencia invalidante. Éste es el caso de la SAN 450/2008, de 6/02/2008. En la misma, la parte actora repara en el IEIG, entre otros requerimientos, y denuncia defectos de carácter formal (FJ 2º), ya que *“no se hallan debidamente firmadas ni cuentan con la indicación de su autoría, órgano y denominación del cargo, así como la identidad de la persona que firma el documento, lo que supone una vulneración de lo dispuesto en el art. 24.1ª), b) y f), en relación con lo dispuesto en el art. 3 y 4 del RD 1465/1999 de 17 de septiembre”*¹⁶. La Audiencia Nacional se pronuncia afirmando que *“Este motivo ha de ser desestimado, habida cuenta de que la indicación en los documentos mencionados del órgano del que dimanar a través de su referencia marginal permiten considerar a dichos efectos como irregularidades no invalidantes carentes de eficacia invalidatoria alguna, sin que por ello se haya vulnerado por tal motivo lo indicado en el RD 1465/1999 de 17 de septiembre antes mencionado”*. Idéntico desinterés se observa en las Sentencias de la Audiencia Nacional: SAN 3676/2009, de 23/07/2009 (ponente, Diego Córdoba Castroverde), y SAN 262/2009, de 28/01/2009. En ambas, aun cuando las partes alegan la falta de IEIG como defecto procedimental grave, el Tribunal no entra en el mismo, bien –la primera– por *“tratarse de cuestiones de mera legalidad ordinaria desconectadas de la vulneración de alguno de los derechos fundamentales objeto de esta especial protección, y sin que la parte rzone ni este Tribunal advierta en qué medida las pretendidas infracciones denunciadas afectan al derecho fundamental de asociación, o a cualquier otro derecho fundamental, que constituye el ámbito exclusivo de conocimiento del procedimiento que nos ocupa”*; o bien –la segunda– porque, sencillamente, lo obvia, aun cuando sí se pronuncie ante otros requerimientos incumplidos (memoria económica del alcance económico de la Orden impugnada).

16 En lo referente a lo alegado por las partes, véase la STS de 9/01/2007. La parte recurrente se sorprende de la existencia de un informe sobre la valoración del impacto por razón de género emitido sin fecha ni firma del funcionario o funcionaria, encargado/a de realizarlo, lo que califica como absoluta falta de sensibilidad evidenciando la simple intención de cubrir el trámite. Sin embargo, tal y como se ha indicado en una nota anterior, tales alegatos no se encuentran acompañados de pretensiones de anulación ni siquiera respecto a lo que, *“certeramente, –tal y como indica el TS– califica como mero cumplimiento formal del informe exigido por el art. 24.1.b) de la Ley 50/1997, del Gobierno, tras la modificación operada por la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno”*.

El Tribunal Supremo tampoco destaca por su especial preocupación por la existencia o no de los IEIG, y por su efectiva motivación¹⁷. Bien acepta que el IEIG se remita con posterioridad por parte de la Administración, completando el expediente administrativo, y desconociéndose el contenido del mismo (STS 5327/2006, de 12/07/2006); bien admite IEIG no motivados, apostando por fórmulas meramente genéricas (STS 7504/2006, de 27/11/2006)¹⁸, que se limitan a subrayar la ausencia de discriminación; bien, aceptando las fórmulas genéricas, lanza el reproche a las partes actoras que (FJ 4º) “*sin molestarse en razonar mínimamente en qué aspecto puede darse tal caso*”, destacan y critican el laconismo generalizado de la información en torno al impacto de género y urgen a investigar el diferente impacto de la medida para mujeres y hombres. Tanto el Abogado del Estado como el TS (al unísono con lo alegado por la Audiencia Nacional) tachan su no relevancia, pues no se “*podía ir más allá de la constatación de que la Orden no revestía trascendencia alguna en relación con el impacto por razón de género en torno a la regulación de la misma. Buena prueba de ello es que la sociedad recurrente que invoca la vulneración se limita a eso, y no aduce razón alguna concreta, como ponen de relieve los escritos de oposición, que apoye su pretensión*” (STS 3368/2009, de 6/05/2009, FJ 4º).

El desarrollo jurisprudencial analizado en torno a los IEIG, pone de manifiesto buena parte de los problemas que ha suscitado la inexistencia del desarrollo reglamentario –establecido por la Ley 30/2003 y por la Ley de Igualdad–, que regule la elaboración de los informes de evaluación de impacto de género de las disposiciones normativas que elabore el Gobierno (y que va más allá de la labor del Poder Judicial). Sería interesante que el Ejecutivo reparara en los siguientes extremos¹⁹, y subsanara las disfunciones de un vacío legal tan nocivo mediante:

- a) Determinación del organismo, de carácter paritario, que debe ser el responsable de los IEIG, no limitándose a señalar quién debe emitirlos, sino que determinara los criterios para tal objetivo. En este sentido, resulta requisito sine qua non que las personas responsables de emitir los IEIG *tengan formación en género*. Entendemos igualmente importante que se extrapolara el sistema andaluz que exige, amén de un IEIG, un IOIEG que lo completara (Informe de Observaciones del Informe de Evaluación del Impacto de Género), y que debe ser elaborado por el Instituto de la Mujer.

17 STS 3063/2008, de 9/06/2005. En lo que al IEIG se refiere, aun cuando no fue alegado expresamente por la parte actora, se presenta por la administración (como documento 4º), adjuntando a la contestación de la demanda, entre otros: “*Un informe relativo al impacto de género de las Ofertas de empleo públicos correspondientes al años 2005*”. Sin embargo, en la sentencia no se vuelve a hacer referencia a éste, ni se sabe nada del contenido, ni de quién lo ha realizado, ni de cuáles son los criterios. Se percibe un importante desinterés con respecto al IEIG no sólo por el juzgador, sino por la parte quien ni siquiera lo alega

18 En este orden de cosas, merece destacarse los tres votos particulares (colectivos) y no sólo el fallo final, ya que ninguno de ellos hace referencia específica al IEIG, pero sí a la relevancia de las memorias económica y justificativa, y a su efectiva motivación.

19 Al respecto, véase COLLANTES, B, Y SANCHÍS, A. *La evaluación del impacto de género en la normativa estatal y andaluza*, Instituto de Estudios Giennenses, Diputación provincial de Jaén, 2009, pp. 143–144.

- b) Concreción del momento y desarrollo exactos de estos IEIG. Debe ser, en todo caso, anterior y paralelo a la presentación de la iniciativa parlamentaria que se pretende aprobar.
- c) Establecimiento de pautas homogéneas que permitan elaborar informes en tres ámbitos: en el ámbito interno (en un mismo Ministerio/Consejerías); en el ámbito externo (pautas comunes en los IEIG elaborados en los distintos Ministerios/Consejerías); y en el territorio nacional (homogeneidad en el fondo y en la forma entre los distintos IEIG que se elaboren en el Estado español).
- d) Diseño y establecimiento de seguimiento y posterior evaluación de todos los IEIG, así como en los IOIEG (Informe de Observaciones del Informe de Impacto de Género), que deberán llevarse junto al texto definitivo que pretende aprobarse y que, en todo caso, deberían tener carácter vinculante.

El reciente desarrollo reglamentario de la Ley 30/2003 mediante Real Decreto 1083/2009 de 3 de julio, por el que se regula la memoria de análisis normativo, y la Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo de 11 de diciembre de 2009, obligará a detectar si se han introducido los necesarios cambios en el procedimiento de elaboración de las normas, a fin de garantizar que quienes elaboran y persiguen el cumplimiento de las mismas asumirán un enfoque integrado para la promoción de relaciones más iguales entre mujeres y hombres.

LA INTEGRACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO Y DE OPORTUNIDADES EN LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS: EL ART. 4 DE LA LOIMH

I. Un nuevo marco interpretativo

Previamente al análisis sobre la aplicabilidad de la LOIMH en las jurisdicciones social y contencioso-administrativa, resulta imprescindible detenerse en la relevancia que tiene su artículo 4, el cual reza así: *“La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas”*. Se trata de una regla general de interpretación y aplicación de las normas que interactúa con el artículo 3 del Código Civil, en el que se establecen los criterios de interpretación de las normas jurídicas. La importancia de este precepto se incrementa ante la heterogeneidad de técnicas de positivización que se utilizan en la LOIMH para el desarrollo del principio y el derecho a la igualdad efectiva para mujeres y hombres. A esta complejidad se suma el trasfondo socio-político, que se muestra en el diferente grado de eficacia y de aplicabilidad de la ley, según la Comunidad Autónoma y el tema objeto de conflicto. Precisamente por esta naturaleza heterogénea a nivel técnico, la Ley no puede concebirse bajo la óptica de una

categoría unitaria –las reglas jurídicas–, ni con perfiles claramente definidos –dada la existencia de directrices–, como tampoco establecerse una clara línea de demarcación entre derechos civiles, políticos o sociales, puesto que, en algunas situaciones, las líneas de demarcación son extremadamente porosas.

Las fronteras teóricas tradicionales se muestran limitadas en esta Ley y las distinciones convencionales se presentan insuficientes para explicar su naturaleza y complejidad. En este sentido, es paradigmático el art. 3 LOIMH, donde el principio de igualdad de trato supera su tradicional mandato de indiferenciación, esto es, su dimensión formal estructural, para dar entrada a un importante contenido material. Así define el artículo 3 el contenido del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres: “*El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil*”. Este enunciado permite afirmar que la Ley, además de sancionar las conductas individuales o sociales discriminatorias, se enfrenta a las causas estructurales que las producen: la división sexual del trabajo y la pervivencia de prejuicios y estereotipos de género en las estructuras familiares y de reparto del trabajo doméstico y de cuidado. Por consiguiente, la Ley no pretende tan sólo igualar a los sexos, promoviendo el igual acceso de mujeres y hombres al empleo, la promoción laboral, la educación en igualdad, el acceso igualitario a los bienes o los servicios, sino también disolver las desigualdades de género que se encuentran enraizadas en ciertas estructuras y relaciones sociales; de ahí que se promueva una maternidad no discriminada, la corresponsabilidad en el cuidado y el reparto equitativo del trabajo doméstico, entre otros.

Pero, a pesar de la importancia del art. 4 LOIMH y de su compleja naturaleza, los datos nos dicen que ha sido muy poco citada. Por esta razón, resulta de gran importancia la sentencia que sobre unificación de doctrina se analiza a continuación. Se trata de la STS 8449/2009, una sentencia modélica, en la que el Tribunal Supremo realiza una interpretación extensiva y acorde con el sentido de la LOIMH y con los esfuerzos normativos que en nuestro país se enfrentan a la discriminación por razón de sexo. Su interés radica en la valoración que realiza de la LOIMH, y en la interpretación que hace de su artículo 4, en el que se integra el principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas, y del artículo 1, en el que se establece el objeto de la Ley.

En esta sentencia se resuelve el recurso de casación por unificación de doctrina, contra la sentencia de 3 de diciembre de 2008 del TSJ de Granada, estableciendo como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco de 10 de junio de 2008. La cuestión en conflicto es si la disposición Adicional 44º de la LGSS, modificada por la disposición adicional decimoctava de la LOIMH, es aplicable al régimen SOVI. Esta disposición establece: “*A efectos de las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente de cualquier régimen de la Seguridad Social, se computarán a favor*

de la trabajadora solicitante de la pensión, un total de 112 días completos de cotización por parto de un solo hijo y 14 días más por cada hijo a partir del segundo, éste incluido, si el parto fuera múltiple, salvo si, por ser trabajadora o funcionaria en el momento del parto, se hubiera cotizado durante la totalidad de las dieciséis semanas o, si el parto fuese múltiple, durante el tiempo que corresponda". Aunque desde el principio se tuvo claro cuál era la finalidad de este precepto (que no resulte perjudicada la mujer en la pensión de incapacidad permanente o jubilación por situación de maternidad, motivo por el cual se le otorga el beneficio o la prerrogativa de considerarse cotizado el tiempo que, por cada parto, el precepto establece, cuando no haya habido efectiva cotización), fue objeto de discrepancia la expresión "cualquier régimen de la Seguridad Social". Lo que interesa destacar aquí es cómo se relacionan los preceptos de la LOIMH – arts.1, 2.1 y 4–, con los arts. 9.2 y 14 CE. La ponente, M^a Lourdes Arastey Sahun, en nombre del TS argumenta en su FJ 3º que la "LOIMH tiene como finalidad hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres (...) sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualesquiera de los ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural para el desarrollo de los arts. 9.2 y 14, alcanzar una sociedad más democrática, más justa y solidaria. Con ello el legislador nacional dio un decisivo paso adelante en el avance hacia la igualdad real, a la vista de la incapacidad demostrada por las fórmulas tendentes a instaurar exclusivamente la igualdad formal, de suerte que el objetivo de la ley es solventar eficazmente las desigualdades surgidas de una relegación histórica de las mujeres en la sociedad, incluso cuando esa marginación se halla cubierta por una norma. Se supera así el principio de igualdad formal, mayoritariamente alcanzado ya pero claramente insuficiente, y que comporta la prohibición de la discriminación, para acoger el más moderno de igualdad de oportunidades que incluye nuevas instituciones antidiscriminatorias, medidas de acción positiva y el control de la discriminación indirecta, en clara congruencia con los principios y disposiciones de la legislación comunitaria sobre discriminación y las directivas 2006/54/CE, 43/2000 y 78/2000".

Se continua argumentando que la igualdad es uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico, que el Estado de derecho no desarrolla la igualdad sólo en su carácter formal, art.14 CE, sino también en el 9.2 CE. Y conforme a la STC 12/2008, de 29 de enero, señala: "El artículo 9.2 CE expresa la voluntad del constituyente de alcanzar no sólo la igualdad formal sino también la igualdad sustantiva y que es posible la realización efectiva del libre desarrollo de la personalidad; por ello el constituyente completa la vertiente negativa de proscripción de acciones antidiscriminatorias con la positiva de favorecimiento de esa igualdad material".

A esta argumentación del constitucional, el TS añade: el "art. 4 LOIMH señala que la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombre es un principio informador del ordenamiento jurídico y como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas". Con este precepto, el legislador está demostrando la naturaleza trans-

versal que impide “la catalogación de las normas a las que afecta en sentido limitado que se derivaría de una interpretación como la se hace en la sentencia recurrida” (FJ3º).

Se ha considerado importante citar, a pesar de la extensión, toda esta argumentación del TS pues la misma respalda interpretaciones extensivas y no literales, para no violar el fin y sentido de la LOIMH. Por esta razón, continúa diciendo el TS: “*paliar los efectos de la situación de discriminación ya producida y la que puede surgir, es el sentido de la Disposición Adicional 44ª LGSS, una medida de acción positiva querida por el legislador que no puede obviar el dato de que el colectivo afectado (pensionistas del SOVI) está integrado fundamentalmente por mujeres y que, a mayor abundamiento, si no acreditan ulteriores trabajos y cotizaciones bajo la vigencia del Sistema de Seguridad Social es, también mayoritariamente, porque abandonaron el mercado laboral a consecuencia de su matrimonio y ulterior maternidad*” (FJ3º).

**OBSERVACIONES ESPECÍFICAS SEGÚN
JURISDICCIONES**

ASPECTOS DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL

Índice:

I. Informe metodológico y cuantitativo general

II. Acoso sexual y por razón de sexo

III. Conciliación de la vida laboral y familiar

1) Permiso de paternidad

2) Reducción de jornada por cuidado de hijos/as y por cuidado de familiares

3) Distribución de jornada

4) Excedencia por cuidado de hijos/as y por cuidado de familiares

IV. Despido por maternidad

V. Promoción profesional

I. INFORME METODOLÓGICO Y CUANTITATIVO GENERAL.

Para una primera evaluación de los resultados obtenidos es necesario en primer lugar recordar la metodología seguida que se ha desarrollado en tres fases:

- **Obtención de criterios de búsqueda:** en esta parte del trabajo se consensuaron los criterios de búsqueda de sentencias, con el fin de ofrecer un corpus de jurisprudencia que partiera de las mismas bases: tipo de resolución, órgano, jurisdicción y ámbito temporal. La obtención de jurisprudencia se ha hecho a través de la base jurisprudencial del CENDOJ.
- **Primera lectura de sentencias:** una vez obtenido el número de sentencias inicial sobre cada tema objeto de estudio, se ha procedido a hacer la revisión de cada uno de los bloques de temas, con el fin de descartar del estudio aquellas que no contenían como fundamento principal el tema de interés que se pretendía.
- **Segunda lectura de sentencias y obtención de fichas finales:** sobre una segunda revisión de sentencias, se descartaron aquellas sentencias que aún, encontrándose en el contexto del tema de estudio, no abordaban el tema. Las sentencias escogidas para la realización de fichas han sido aquellas sentencias que examinaban de forma motivada el tema estudiado en cada bloque de sentencias, de manera que se podía extraer del estudio referencias importantes en cuanto a la interpretación y aplicación de la legislación que concierne.

Desarrollo de cada fase

A continuación pasamos a mostrar el desarrollo de cada fase:

1. Obtención de criterios de búsqueda

La obtención de jurisprudencia se ha hecho a través de la base jurisprudencial del CENDOJ, consensuando como criterios de la línea jurisprudencial los siguientes:

RESOLUCIÓN	SENTENCIAS
ÓRGANO	TS, TSJ, AP (SALAS SOCIALES) y TC
JURISDICCIÓN	SOCIAL
ÁMBITO TEMPORAL	01/01/2008 a 31/12/2009

La búsqueda de sentencias sobre cada bloque de temas en relación con el número de sentencias obtenidas ha sido:

Reducción de jornada por cuidado de hijos/hijas	145 sentencias
Reducción de jornada por cuidado de familiares	64 sentencias
Excedencia por cuidado de hijos/hijas	294 sentencias
Excedencia por cuidado de familiares	201 sentencias
Distribución de jornada	131 sentencias
Conciliación	313 sentencias
Permiso de paternidad	31 sentencias
Despido por maternidad o embarazo	544 sentencias
Acoso sexual	132 sentencias
Acoso por razón de sexo	25 sentencias

2. Primera lectura de sentencias

Una vez obtenido el número de sentencias inicial sobre cada tema objeto de estudio, se ha procedido a hacer la revisión de cada uno de los bloques de temas, con el fin de descartar del estudio aquellas que no contenían el tema de interés que se pretendía.

Tras la primera lectura de sentencias los resultados fueron:

	Número inicial de sentencias	Núm. resultante tras 1ª revisión
Reducción de jornada por cuidado de hijos/hijas	145	110
Reducción de jornada por cuidado de familiares	64	13
Excedencia por cuidado de hijos/hijas	294	98
Excedencia por cuidado de familiares	201	16
Distribución de jornada	131	55
Conciliación	313	38
Permiso de paternidad	31	19
Despido por maternidad o embarazo	544	124
Acoso sexual	132	74
Acoso por razón de sexo	25	12

3. Segunda lectura de sentencias y obtención de fichas finales

Las sentencias escogidas para la realización de fichas han sido aquellas sentencias que

examinaban el tema estudiado en cada bloque de sentencias, de manera que se podía extraer del estudio referencias importantes.

Una vez realizado la segunda lectura de sentencias se concluyó con un resultado de:

	Número inicial de sentencias	Núm. resultante tras 1ª revisión	Núm. resultante objeto de estudio
Reducción de jornada por cuidado de hijos/hijas	145	110	46
Reducción de jornada por cuidado de familiares	64	13	8
Excedencia por cuidado de hijos/hijas	294	98	39
Excedencia por cuidado de familiares	201	16	2
Distribución de jornada	131	55	39
Permiso de paternidad	31	19	13
Despido por maternidad o embarazo	544	124	97
Acoso sexual	132	74	49
Acoso por razón de sexo	25	12	9

4. Resultado final cuantitativo

Con el fin de ofrecer una perspectiva global del estudio realizado, se ha procedido a resumir el número completo de jurisprudencia analizada a lo largo del proyecto:

	Número inicial de sentencias	Núm. resultante tras 1ª revisión	Núm. resultante objeto de estudio
TOTAL SENTENCIAS ANALIZADAS	1880	559	340

Si sumamos las sentencias de los tribunales europeos (46), el número total de sentencias es de 386.

II. ACOSO SEXUAL Y ACOSO POR RAZÓN DE SEXO

1. Novedades que implica la Ley Orgánica 3/2007 respecto de la legislación anterior

La regulación del derecho español sobre acoso sexual y acoso por razón de sexo se ha visto fuertemente influida por el derecho comunitario, ya que fue en él donde se recogió la necesidad de sancionar estas conductas. La Ley de igualdad 3/2007 traslada el contenido en esta materia avanzado por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002 y la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006.

En el ámbito comunitario también han abordado este tema dos importantes documentos: el código de conducta sobre las medidas para combatir el acoso sexual y el Acuerdo Marco Europeo sobre acoso y violencia en el lugar de trabajo, de 26 de abril de 2007.

En el ámbito español, la principal regulación del acoso sexual, con anterioridad a la ley de igualdad 3/2007 se efectuó a través de la Ley 62/2003 de medidas fiscales, administrativas y de orden social.

La Ley de igualdad ha introducido un nuevo marco de regulación con relación al acoso sexual y por razón de sexo, concretamente a partir de sus artículos: 6, 7, 9, 10, 12, 13, 27.3.c, 46.2, 48 y 62, así como a través de las reformas de diversas leyes realizadas por sus disposiciones adicionales: la número 11 relativa al Estatuto de los Trabajadores, las 12 relativa a la LPRL, la 13 relativa a la LPL y la 14 relativa a la LISOS.

Específicamente, las novedades más significativas atañen a los artículos siguientes:

a) Definición del acoso sexual y acoso por razón de sexo

El artículo 7 de la Ley 3/2007 configura la definición del acoso sexual y por razón de sexo.

“Artículo 7. Acoso sexual y acoso por razón de sexo.

- 1. Sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal, a los efectos de esta Ley constituye acoso sexual cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo.*
- 2. Constituye acoso por razón de sexo cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo.*
- 3. Se considerarán en todo caso discriminatorio el acoso sexual y el acoso por razón de sexo.*
- 4. El condicionamiento de un derecho o de una expectativa de derecho a la aceptación de una situación constitutiva de acoso sexual o de acoso por razón de sexo se considerará también*

acto de discriminación por razón de sexo.”

El artículo recoge algunos elementos muy importantes: en primer lugar, una distinción entre acoso sexual y acoso por razón de sexo. En segundo lugar, conceptualiza claramente el acoso sexual y el acoso por razón de sexo como manifestaciones de discriminación y de vulneración del derecho a la igualdad.

b) Las consecuencias del acoso sexual y acoso por razón de sexo como acto discriminatorio

Con relación a las consecuencias del acoso sexual y acoso por razón de sexo, se deben tener en cuenta los artículos 9 y 10 de la Ley de igualdad, así como la disposición adicional 13:

Artículo 9. Indemnidad frente a represalias.

También se considerará discriminación por razón de sexo cualquier trato adverso o efecto negativo que se produzca en una persona como consecuencia de la presentación por su parte de queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso, de cualquier tipo, destinados a impedir su discriminación y a exigir el cumplimiento efectivo del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres.

Artículo 10. Consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias.

Los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias.

En la disposición adicional 13 la ley de igualdad modifica la Ley de procedimiento laboral estableciendo que las indemnizaciones por discriminación y por lesión de derechos fundamentales son compatibles:

“Disposición adicional decimotercera. Modificaciones de la Ley de Procedimiento Laboral.

El texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, queda modificado como sigue: Uno. Se añade un nuevo párrafo segundo en el apartado 2 del artículo 27 en los siguientes términos: «Lo anterior se entiende sin perjuicio de la posibilidad de reclamar, en los anteriores juicios, la indemnización derivada de discriminación o lesión de derechos fundamentales conforme a los artículos 180 y 181 de esta Ley.»

c) Legitimación en los litigios sobre acoso sexual y acoso por razón de sexo

La Ley 3/2007, en el art. 12.3 establece que en el ámbito judicial la única persona legitimada será la persona acosada:

“12.3. La persona acosada será la única legitimada en los litigios sobre acoso sexual y acoso por razón de sexo.”

Como señala la doctrina, esto debe interpretarse en el sentido de que en los procedimientos internos establecidos en las empresas, de forma extrajudicial, cabe aceptar la legitimación de otras personas. Esta interpretación es acorde con la literalidad de la Ley, pero también con las indicaciones del Acuerdo Europeo sobre Acoso.

d) La carga de la prueba

El artículo 13 de la Ley de igualdad determina la distribución de la carga de la prueba.

Artículo 13. Prueba.

1. De acuerdo con las Leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias, por razón de sexo, corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad.

A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes.

2. Lo establecido en el apartado anterior no será de aplicación a los procesos penales.

Esta regulación se traslada explícitamente en las disposiciones adicionales 5 y 6 a la Ley de Enjuiciamiento Civil y a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, pero no al ámbito laboral, donde seguiría siendo preciso aportar indicios de acuerdo a los art. 96 y 179.2 de la LPL.

e) El acoso sexual y por razón de sexo como problema de salud laboral

La Ley de igualdad aborda el problema del acoso sexual y por razón de sexo también desde su efecto en el ámbito de la salud laboral, concretamente en los artículos 27.3.c y la disposición final 12.

Artículo 27. Integración del principio de igualdad en la política de salud.

3. Las Administraciones públicas, a través de sus Servicios de Salud y de los órganos competentes en cada caso, desarrollarán, de acuerdo con el principio de igualdad de oportunidades, las siguientes actuaciones:
- c) La consideración, dentro de la protección, promoción y mejora de la salud laboral, del acoso sexual y el acoso por razón de sexo.

Disposición adicional duodécima. Modificaciones de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales queda modificada como sigue: Uno. Se introduce un nuevo apartado 4 en el artículo 5, que quedará redactado como sigue:

«4. Las Administraciones públicas promoverán la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres, considerando las variables relacionadas con el sexo tanto en los sistemas de recogida y tratamiento de datos como en el estudio e investigación generales en materia de prevención de riesgos laborales, con el objetivo de detectar y prevenir posibles situaciones en las que los daños derivados del trabajo puedan aparecer vinculados con el sexo de los trabajadores.»

f) Las medidas de prevención con relación al acoso sexual y por razón de sexo

Un núcleo de importantes medidas con relación al acoso sexual y por razón de sexo están relacionadas con la prevención de estas formas de discriminación. Los artículos 46.2, 48 y 62 establecen distintos mecanismos. El artículo 46.2 incluye entre las medidas que pueden adoptar los planes de igualdad las medidas de prevención sobre acoso sexual y por razón de sexo. En el mismo sentido, el artículo 48 sostiene la necesidad de promover condiciones de trabajo libres de acoso sexual y por razón de sexo y de arbitrar procedimientos específicos para las denuncias. En el caso de las Administraciones públicas, el artículo 62 establece la obligatoriedad de negociar con la representación legal de trabajadoras/res diversos mecanismos.

2. La posición de los Tribunales

El resultado final de sentencias obtenidas para la investigación objeto del proyecto ha sido de 49 sentencias sobre “acoso sexual” y 9 sentencias sobre “acoso por razón de sexo”. Las sentencias escogidas para la realización de fichas han sido aquellas sentencias que examinaban de forma motivada los términos “acoso sexual” y “acoso por razón de sexo”, de manera que se podía extraer del estudio referencias importantes en cuanto a la interpretación y aplicación de la legislación que protege el ámbito del “acoso” en las relaciones laborales.

El acoso sexual y por razón de sexo es un tema relativamente nuevo en nuestro ordenamiento jurídico. Las primeras conceptualizaciones del este problema fueron realizadas por pensadoras feministas en los años ochenta y su traslación al ámbito jurídico fue inicialmente impulsada desde las políticas europeas.

En relación con las sentencias estudiadas cabe destacar diversos elementos:

1. El sexo de los/las demandantes. La naturaleza de género del acoso sexual y acoso por razón de sexo

En las sentencias estudiadas de acoso sexual, 29 mujeres son las demandantes y 20 hombres; en las sentencias de acoso por razón de sexo el número de demandantes mujeres es de 3 y el hombres es de 6.

En todos los casos de demandas planteadas por hombres, se trata de recursos que se plantean frente a despidos, que son respuesta a su vez a situaciones de acoso sexual o acoso por razón de sexo realizadas por hombres. En el caso de las mujeres, en todas las demandas las mujeres activan los recursos desde su posición de víctimas de una situación de acoso sexual o por razón de sexo.

Es decir, tal como muestran numerosos estudios sociológicos, el acoso sexual y por razón de sexo es, en realidad, un acoso por razón de género, un tipo de violencia de género dirigida a las mujeres.

2. El escasísimo número de sentencias que abordan el tema de acoso por razón de sexo

Las sentencias estudiadas fueron aquellas que abordaban el tema de acoso sexual y el de acoso por razón de sexo. El escaso número de sentencias relativas al acoso por razón de sexo (9 en total) puede deberse a que esta figura es una novedad en nuestro ordenamiento jurídico, pero también a los problemas de delimitación con figuras cercanas como el acoso sexual y el acoso moral.

Junto a todo esto, también las dificultades para apreciar la figura del acoso por razón de sexo denotan una errónea conceptualización y lo que podríamos llamar la presencia de justificación de ciertas actitudes machistas. Un ejemplo de ello es la sentencia *STSJ MAD 3852/2009*. La Sala considera constatadas diversas expresiones machistas, pero no considera que sean constitutivas de acoso sexual, ignorando por completo el concepto de acoso por razón de sexo.

“Del relato fáctico se desprende que el mando superior de la trabajadora tuvo una actitud machista, llegando a utilizar expresiones inadecuadas hacia la recurrente, sin que conste el periodo durante el cual se produjeron esas expresiones. No estamos ante un comportamiento abusivo y sistemático contra la persona de la recurrente, ni el mismo constituye un ataque a su integridad física o psíquica.

La actuación del encargado es inapropiada por las formas utilizadas, en cuanto vejación pública; su comportamiento es inadmisibles desde la perspectiva de la debida consideración a toda persona en cuanto infringe el deber de respeto a la dignidad de los compañeros de trabajo (artículo 4.2.e) del ET), pero esas actuaciones, sin ninguna connotación de carácter sexual, resultan insuficientes para considerar la existencia del acoso que se denuncia. Es cierto que el informe del médico de la Seguridad Social indica que la lesión que padece deriva del acoso sexual y laboral en el trabajo, pero el mismo constituye un elemento más de prueba y es al juzgador de instancia al que le corresponde la valoración del conjunto de los hechos para deducir si se ha producido el presunto acoso sexual. Carece de toda lógica pensar que el cambio de turno se debió a la supuesta negativa de la trabajadora ante requerimientos de tipo sexual del encargado, cuando el mismo suponía no coincidir con su superior, el cual vería más difícil materializar su supuesta actitud de supuesto acoso sexual si no ve a la trabajadora. Y si se decide cambiarla de nuevo al turno de mañana fue por las circunstancias que ocurrieron el día 31/3/2008.”

Por último, también se debe destacar que algunas sentencias están haciendo un espléndido trabajo de definición y aplicación del acoso por razón de sexo. Un muy buen ejemplo de ello es la sentencia STSJ CAT 6910/2008. Esta sentencia define con precisión la conducta de acoso por razón de sexo o “sexista”. Subraya que no se necesita una reiteración de la conducta sexista ya que las mujeres discriminadas no tienen por qué soportar un comportamiento sexista en el tiempo.

“Per altra banda, s’ha de destacar que no hi hauria d’haver cap dubte de que expressions sexistes han de constituir una de falta molt greu, sense que calgui que siguin reiterades en el temps, com sembla que interessa la part recurrent, ja que no es pot pretendre que les dones afectades hagin de suportar aquest comportament discriminatori i que atenta contra el seu honor i la seva dignitat, encara que respongui en part a un hàbit social, que reflecteix la situació de inferioritat de la dona al mon laboral i a la societat en general.”

3. Las dificultades para diferenciar entre acoso moral y acoso sexual y por razón de sexo

El hecho de que durante largo tiempo muchos tribunales hayan incluido las conductas de acoso sexual en la categoría más general de acoso moral, ha dejado todavía una cierta dificultad en la diferenciación. Así, por ejemplo, en el caso de las sentencia STSJ

AND 13393/2008. La sentencia objeto de recurso calificaba los hechos como acoso moral, mientras que las sentencia del STSJ AND los reconduce adecuadamente a la categoría de acoso sexual:

“D. Luis Angel , en compañía de su hermano D. Jesus Miguel “se bajó la ropa y le mostró los genitales diciéndole: “Ésta la quieren muchas” y se marcharon riéndose” (hecho probado 8º), unos días después el 6 de junio de 2.006, el mismo demandado “encima de una factura que había que cobrar a un cliente, Luis Angel puso unas gominolas imitando la figura de los genitales masculinos, riéndose de ella cuando la encontró” (hecho probado 9º), iniciando con posterioridad a estos hechos una baja por incapacidad temporal el 8 de junio, paralizando así la posibilidad de que los demandados D. Luis Angel y D. Jesus Miguel persistieran en su actitud.

Por lo expuesto esta conducta reúne todas las características que la legislación exige para que la figura se integre en un supuesto de acoso sexual , ya que existieron acciones de naturaleza sexual, que evidentemente produjeron el efecto de atentar contra la dignidad de la trabajadora, sufriendo vejaciones injustas que hicieron que su entorno fuera indeseable, por lo que la conducta de los demandados D. Luis Angel y D. Jesus Miguel es claramente constitutiva de acoso moral en su vertiente de acoso sexual , por su actitud activa, realizando actos de hostigamiento a la trabajadora, siendo la conducta de su padre titular de la empresa “Comercial Prieto Decoración S.L.” un conducta de acoso laboral ya que con su conducta omisiva y permisiva con las acciones de sus hijos obligó a la trabajadora a soportar unas condiciones de trabajo incómodas, humillantes e injustas, sin que la relación paterno-filial que le vinculaba a los acosadores justifique el incumplimiento de las obligaciones que como empresario tiene frente a la trabajadora, que no se limitan a pagarla el salario, sino a facilitar el ejercicio”.

Ahora bien, esta sentencia también ilustra otro de los problemas encontrados en la jurisprudencia.

4. Los problemas de delimitación entre acoso sexual y acoso por razón de sexo

La distinción que establece nuestra legislación entre acoso sexual y acoso por razón de sexo parece recoger la distinción de ambas figuras en base a la intencionalidad del agresor: en el acoso sexual, el acosador trataría de conseguir una satisfacción de carácter carnal o libidinoso, mientras que en el segundo, el objetivo del acosador no sería sino la manifestación de su desprecio por las mujeres. Sin embargo, tal como afirma Teresa Pérez del Río es mayoritariamente reconocido que, a pesar de que el acoso sexual tenga como base una conducta de naturaleza sexual, en el fondo, en la motivación no existe, o no existe solo, o no existe predominantemente, un deseo sexual sino una finalidad de dominio...” (Pérez del Río, 2007).

Se debe destacar que se han encontrado algunas sentencias que encuadran las conductas como acoso sexual, pero en las que aparecen conductas que tienen también las características del acoso por razón de sexo. Por ejemplo, la sentencia STSJ AND 13393/2008, en la que se condena por acoso sexual:

“El artículo 7.1 citado define el acoso sexual como “cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo”, y en este caso es evidente que las conductas vejatorias hacia la demandante han ido creciendo en gravedad desde el año 2.005 en el que se limitaban a “colocar un ratón muerto en el persistieran en su actitud. techo de su vehículo” (hecho probado 5º), a conductas con un mayor contenido sexual y así a finales de mayo de 2.006, el demandado D. Luis Angel , en compañía de su hermano D. Jesus Miguel “se bajó la ropa y le mostró los genitales diciéndole: “Ésta la quieren muchas” y se marcharon riéndose” (hecho probado 8º), unos días después el 6 de junio de 2.006, el mismo demandado “encima de una factura que había que cobrar a un cliente, Luis Angel puso unas gominolas imitando la figura de los genitales masculinos, riéndose de ella cuando la encontró” (hecho probado 9º), iniciando con posterioridad a estos hechos una baja por incapacidad temporal el 8 de junio, paralizando así la posibilidad de que los demandados D. Luis Angel y D. Jesus Miguel”

Ahora bien, si se lee el relato de los hechos también se producen actos que estarían claramente vinculados al acoso por razón de sexo:

“A consecuencia de que el padre se personaba menos horas en el negocio, la relación de la actora con los Sres. Jesus Miguel Luis Angel ha ido degradándose paulatinamente a lo largo de los dos últimos años, tornándose cada vez más tensa y desagradable, debiendo soportar comentarios despectivos, bromas de mal gusto y malas formas, tratándola como una idiota, llamándola tonta, gilipollas, dirigiéndose a ella en uno tono de voz elevado o directamente a gritos y haciéndole preguntas o comentarios sobre su vida personal (si tenía novio; por qué no tenía novio; que se le iba a pasar el arroz; si es que no le gustaban los hombres etc)”

5. La definición de la conducta

Con relación a la conceptualización del acoso sexual y acoso por razón de sexo, en primer lugar, se debe mencionar que llama la atención el escaso número de sentencias que citan directamente la Ley de igualdad. Concretamente, sólo 7 sentencias de las 49 sentencias estudiadas en el tema de acoso sexual hacen referencia directa al artículo 7 de la Ley de igualdad. El número de referencias a la Ley de igualdad aumenta cuando analizamos las referencias indirectas a los artículos del Estatuto de los Trabajadores reformados sobre esta cuestión. Así, por ejemplo, las citas al ET art. 4.2, apartado e, son 19. Recordemos que

dicho artículo establece como derecho de los trabajadores el “*respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de género*”.

En la definición de las figuras de acoso sexual y por razón de sexo, diversas sentencias recogen la evolución de dichas figuras en el ámbito europeo; así por ejemplo, la sentencia del STSJ de Cantabria de 415/2008:

“El acoso sexual aparece definido por primera vez en el Art. 2.2 de la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, como “la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”, añadiendo en su apartado 3º que cualquier conducta de este tipo automáticamente ha de ser considerada como un acto discriminatorio por razón de sexo.

El comportamiento constitutivo de acoso, conforme a la noción que resulta del Art. 2.2 de la Directiva, gravita en torno al carácter “no deseado” del mismo y sobre el hecho de tener como objetivo o consecuencia el atentado a la dignidad y la existencia de un clima hostil; lo que comporta que para la calificación del ilícito resulte indiferente lo que el sujeto ofensor aprecie con relación a su conducta, puesto que de lo que se ha de partir es de lo que percibe la víctima, ya que es este carácter subjetivo y “no deseado” lo que constituye la esencia del acoso; se resalta de esta manera que la conducta viene impuesta por parte del actor y no es consentida por la víctima, por tanto, sin reciprocidad; y ello implica que, al final, resulte necesario evidenciar la oposición frente a las conductas de acoso, mostrando la víctima su rechazo al comportamiento del sujeto activo al ponerle de manifiesto el carácter indeseado de sus actos”

Algunas sentencias recogen en su definición del acoso sexual los argumentos de las sentencias del Tribunal Constitucional STC 224/1999. Como ejemplo, la sentencia STSJ de Cantabria de 415/2008 y la STSJ Cataluña 12854/2009.

“Ciertamente que la jurisprudencia constitucional había acogido un concepto más complejo de acoso, incorporando elementos objetivos que permitían advertir la presencia del mismo ante conductas constatadas de gravedad objetiva, al indicar que “en el ámbito de esa salvaguardia queda así prohibido no sólo el acoso en el cual el sometimiento de la mujer o el hombre a tales requerimientos no queridos ni pedidos de empleadores o compañeros, se erige en un peligro de la estabilidad en el empleo, la promoción, o la formación profesional

o cualesquiera otra condiciones en el trabajo o en el salario, sino también el acoso sexual consiste en un comportamiento de carácter libidinoso no deseado por generar un ambiente laboral desagradable, incómodo, intimidatorio, hostil, ofensivo o humillante para el trabajador (Resolución del Consejo de las Comunidades Europeas de 29 de mayo de 1990 y art. 1 de la Recomendación de la Comisión de las Comunidades Europeas de 27 de noviembre de 1991, para la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo). En tal situación constituye un elemento esencial que esa conducta sea lo suficientemente grave como para crear tal entorno negativo y lo sea, por otra parte, no sólo según la percepción subjetiva o la sensibilidad particular de quien lo padece, sino objetivamente considerada. Por tanto, en esta modalidad del acoso hay algo más que una repercusión negativa sobre una concreta condición de trabajo del acosado o una explícita discriminación en las condiciones de trabajo”(STC núm. 224/1999, de 13 de diciembre), erigiéndose de esta manera la gravedad, en razón de crear un ambiente o un clima radicalmente odioso o ingrato, en un elemento importante del concepto”.

STSJ de Cataluña, 12854/2009:

“Recuerdan las sentencias de esta Sala de 9 de mayo de 2006 y de 18 de abril de 2008, que según doctrina del Tribunal Constitucional (STC 224/1999) en el ámbito de salvaguardia del derecho a la intimidad personal queda así prohibido no sólo el acoso en el cual el sometimiento de la mujer o el hombre a tales requerimientos no queridos ni pedidos de empleadores o compañeros, se erige en un peligro de la estabilidad en el empleo, la promoción, o la formación profesional o cualesquiera otras condiciones en el trabajo o en el salario, sino también el acoso sexual consiste en un comportamiento de carácter libidinoso no deseado por generar un ambiente laboral desagradable, incómodo, intimidatorio, hostil, ofensivo o humillante para el trabajador (Resolución del Consejo de las Comunidades Europeas de 29 de mayo de 1990 y art. 1 de la Recomendación de la Comisión de las Comunidades Europeas de 27 de noviembre de 1991, para la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo). En tal situación constituye un elemento esencial que esa conducta sea lo suficientemente grave como para crear tal entorno negativo y lo sea, por otra parte, no sólo según la percepción subjetiva o la sensibilidad particular de quien lo padece, sino objetivamente considerada. Por tanto, en esta modalidad del acoso hay algo más que una repercusión negativa sobre una concreta condición de trabajo del acosado o una explícita discriminación en las condiciones de trabajo.

Para proseguir razonando que para que exista un acoso sexual ambiental constitucionalmente recusable ha de exteriorizarse, en primer lugar, una conducta de tal talante por medio de un comportamiento físico o verbal manifestado, en actos, gestos o palabras, comportamiento que además se perciba como indeseado e indeseable por su víctima o destinataria, y que, finalmente, sea grave, capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato, gravedad que se erige en elemento importante del concepto. En efecto, la prohibición del acoso no

pretende en absoluto un medio laboral aséptico y totalmente ajeno a tal dimensión de la persona, sino exclusivamente eliminar aquellas conductas que generen, objetivamente, y no sólo para la acosada, un ambiente en el trabajo hosco e incómodo. En tal sentido, la práctica judicial de otros países pone de manifiesto que ese carácter hostil no puede depender tan sólo de la sensibilidad de la víctima de la agresión libidinosa, aun cuando sea muy de tener en cuenta, sino que debe ser ponderado objetivamente, atendiendo al conjunto de las circunstancias concurrentes en cada caso, como la intensidad de la conducta, su reiteración, si se han producido contactos corporales humillantes o sólo un amago o quedó en licencias o excesos verbales y si el comportamiento ha afectado al cumplimiento de la prestación laboral, siendo por otra parte relevantes los efectos sobre el equilibrio psicológico de la víctima para determinar si encontró opresivo el ambiente en el trabajo. Así, fuera de tal concepto quedarían aquellas conductas que sean fruto de una relación libremente asumida, vale decir previamente deseadas y, en cualquier caso, consentidas o, al menos, toleradas.”

Mientras que sentencias como las mencionadas utilizan los argumentos del Tribunal Constitucional para abundar en el sentido de la Ley 3/2007, otras sentencias utilizan la sentencia del TC para restringir el concepto de acoso sexual, incluyendo en su definición elementos ausentes en la Ley. En este sentido, es paradigmático el caso de la sentencia STSJ AND 8276/2009, que además no hace ninguna referencia a la Ley 3/2007 y a sus definiciones de acoso sexual y por razón de sexo:

“[D]ebemos partir de los hechos probados que se declaran en la sentencia y que son sustancialmente, un caso de trabajador con retraso mental ligero, por acoso sexual a compañera, a la que pretendía convencer para que formasen pareja, diciéndole palabras cariñosas y de elogio, insistiendo tanto que con tanta insistencia que llegaba a molestar a la compañera que alguna vez le dijo que le dejase en paz. En una ocasión llegó a abrazarla un momento por detrás, dándole un beso en el hombro, lo que ella le reprochó, pero no se convencía de sus negativas y le prometía que le compraría los muebles que le gustasen para cuando estuvieran casados, dándole en otra ocasión un horóscopo en el que se afirmaba su compatibilidad de caracteres. La trabajadora se quejó al encargado de lo pesado que era el compañero y éste fue despedido. Tras el despido, la trabajadora le mandó dos mensajes a su móvil, uno, diciéndole que lo sentía mucho, no tenía nada que ver con la decisión y le apreciaba, el otro, para decirle que le gustaría explicarle algunas cosas que le echaba de menos y se acordaba mucho de él y le mandaba un beso, con lo que en ningún caso se presenta ante nosotros y en ello, debemos estar con la sentencia recurrida, con el acoso sexual que hemos descrito, comportamiento físico o verbal manifestado, en actos, gestos o palabras que además se perciba como indeseado e indeseable por su víctima o destinataria, y que, finalmente, sea grave, capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato, ya que la prohibición del acoso no pretende en absoluto un medio laboral aséptico y totalmente ajeno a tal dimensión de la persona, sino exclusivamente eliminar aquellas conductas que generen, objetivamente, y no sólo para la acosada, un ambiente en el trabajo hosco e incómodo. En tal sentido, la práctica judicial de otros países

pone de manifiesto que ese carácter hostil no puede depender tan sólo de la sensibilidad de la víctima de la agresión libidinosa, aun cuando sea muy de tener en cuenta, sino que debe ser ponderado objetivamente, atendiendo al conjunto de las circunstancias concurrentes en cada caso, como la intensidad de la conducta, su reiteración, si se han producido contactos corporales humillantes o sólo un amago o quedó en licencias o excesos verbales y si el comportamiento ha afectado al cumplimiento de la prestación laboral, siendo por otra parte relevantes los efectos sobre el equilibrio psicológico de la víctima y en este caso, ni aparece agresión libidinosa alguna, ni humillación, ni efectos sobre el equilibrio psicológico de la trabajadora, ni en fin, ninguno de aquellos efectos examinados y que pretenden evitar las normas invocadas como infringidas”

6. Un requisito inexistente: la reiteración de la conducta

Uno de los elementos más problemáticos en la delimitación del concepto de acoso sexual y acoso por razón de sexo fue la exigencia de una “conducta reiterada” de acoso. Las definiciones introducidas por la Ley de igualdad son claras al respecto. El artículo 7 recordemos que define las conductas de la siguiente manera:

Artículo 7. Acoso sexual y acoso por razón de sexo.

- 1. Sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal, a los efectos de esta Ley constituye acoso sexual cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo.*
- 2. Constituye acoso por razón de sexo cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo.*

La fórmula utilizada por el artículo es muy clara, ya que habla de “cualquier comportamiento” no exigiendo para ello una reiteración de conductas. Como en otros caso, de violencia de género, se repite aquí un problema que ya ha sido ampliamente estudiado: el hecho de que las formas de discriminación y/o violencia contra las mujeres suelen ser banalizadas y consideradas como poco graves, de ahí que históricamente sólo las conductas que reiteraban la violencia o la discriminación tenían tal consideración.

En las sentencias estudiadas se encuentran dos líneas jurisprudenciales: a) una primera línea, mayoritaria, que argumenta de acuerdo a la Ley 3/2007, estableciendo claramente que para apreciar acoso sexual o acoso por razón de sexo no es necesaria una reiteración de la conducta; b) una segunda línea, minoritaria, que exige la reiteración de la conducta para apreciar la figura.

A continuación examinaremos algunos ejemplos de estas sentencias:

a) Sentencias acordes con la Ley 3/2007.

- STSJ EXT 881/2009. Esta sentencia incluye una importante argumentación de por qué aunque la conducta, aunque sea aislada, constituye acoso por razón de sexo
- STSJ CAT 14093/2008. En este caso, un único acto de agresión (una palmada en la zona glútea) se considera suficiente para apreciar el acoso sexual.
- STSJ AS 1964/2008. En esta sentencia se afirma con rotundidad que un solo hecho puede constituir acoso sexual y se argumenta:

“Un solo acto puede constituir acoso sexual , ya que puede tener aptitud para reunir todas las características típicas: la acción de índole sexual; el propósito o el efecto (sin necesidad de un propósito específico) de atentar contra la dignidad de una persona, atentado que se produce siempre que se cree ese entorno intimidatorio, degradante u ofensivo. La agresión sufrida por la demandante es un ejemplo claro de acoso sexual en el trabajo: reúne todos los requisitos indicados, entre ellos el de atacar la dignidad de la víctima hasta el extremo de hacer degradante y ofensivo el entorno laboral en que se produjo, atendiendo al sistema de valores y las pautas de conducta social vigentes en nuestra sociedad”.

En este mismo sentido se pronuncia la sentencia STSJ EXT 881/2009, en la que se incluye una argumentación de por qué, aunque la conducta sea aislada, constituye acoso por razón de sexo.

7. La problemática valoración de las pruebas

Sin duda, una de las cuestiones más problemáticas en las sentencias examinadas es la valoración de la pruebas que deben llevar a las/los juzgadores al convencimiento de que la conducta ha tenido lugar. Con relación a este tema, la Ley 3/2007 no ha producido ninguna reforma en la legislación laboral procesal. El examen de este tema creemos que debe conducirnos a plantear una reflexión sobre la necesidad de delimitar los criterios de valoración de la prueba en el ámbito social, así como a la exclusión de criterios claramente sexistas.

Los problemas vinculados con la valoración de la prueba vamos a agruparlos en torno a diferentes cuestiones: a) la desacreditación del testimonio de la víctima; b) la presencia de apreciaciones sexistas sobre la violencia y sus características y/o consecuencias.

a) La desacreditación del testimonio de la víctima.

En numerosas sentencias, la prueba principal es el testimonio de la víctima y en algunos de los casos estudiados se pone en duda la validez del testimonio de las mujeres. El cuestionamiento del testimonio de las mujeres y de su denuncia de la violencia de género es un hecho bien estudiado en el ámbito penal y frecuentemente caracterizado como uno de los problemas más graves a la hora de sancionar la violencia de género.

En la jurisdicción social, se repite esta situación incluso en casos en los que, junto con el testimonio de la víctima, hay otras pruebas, pero a las cuáles el tribunal no atribuye suficiente valor probatorio. Así, algunas sentencias que incluyen peritajes o incluso testimonios de otros compañeros/as. Un ejemplo de esto sería la sentencia STSJ 8317/ 2009 Andalucía. En este caso, la demandante comunica la existencia de una agresión sexual (besos y tocamientos no deseados) a varios compañeros, pese a lo cual el tribunal no considera los hechos probados:

“Ninguna de las revisiones solicitadas puede ser acogida pues, con independencia de la irrelevancia de todas ellas (a efectos de la presente litis) salvo la del apartado b), ninguna de ellas se fundamenta o apoya en prueba documental o pericial; la única que sería decisiva, repetimos, sería la relativa a tocamientos y otros ataques sexuales de ese nuevo hecho probado sexto, pero lejos de fundarse en aquellos medios hábiles se alega que así se desprende de la propia demanda en donde la actora “describe detalladamente lo ocurrido, sin contradicción alguna”, en “haberlo comunicado cuando ocurrió a varias personas”, y del informe emitido por la única perito que actuó en el proceso; con independencia de que la libre valoración de los informes periciales es facultad del juzgador de instancia(arts 97.2 LPL y 348LEC), al no ser vinculantes para éste las opiniones o conclusiones de los peritos, el hecho probado vigésimosegundo se remite y da por reproducido el informe de la psicóloga, lo que es completado con lo que se declara en el apartado 9 del fundamento jurídico quinto de la sentencia en el sentido de que la referida psicóloga no duda que los trastornos de ansiedad de la actora respondan a “un sentimiento personal de la trabajadora de sentirse acosada, aun cuando la existencia real del acoso no haya quedado acreditado”; incluso el personal convencimiento de dicha profesional de haber sido la actora objeto de acoso, no dejaría de ser una mera opinión que en modo alguna obligaría a ser aceptada por el juzgador de instancia, y menos aun para ser medio hábil para modificar un hecho probado. Igual falta absoluta de consistencia tiene alegar, para fundar la revisión del hecho probado sexto, que tras el pretendido acoso sexual, la actora causó baja por sintomatología ansiosa; además de no constar la causa–efecto entre uno y otra, ocurrido el pretendido acoso en mayo de 2005, los meses subsiguientes entre presunta acosada y acosador fueron cordiales y amistosos (hecho probado octavo).”

En este mismo sentido, la sentencia STSJ MAD 12155/2009

“ Y aunque existan sospechas de que el actor llevó a cabo una conducta gravemente inadecuada en relación con la denunciante, esa sospecha no se ha traducido en una plena convicción jurídica, y por ello no se ha tenido por acreditados suficientemente los hechos imputados, y ante la ausencia, en el relato fáctico, de hechos probados de los que se desprenda directamente la acreditación de las imputaciones realizadas, se considera que la solución a la que llega el juzgador de instancia es ajustada a derecho, lo que lleva a desestimar este submotivo.”

Frente a este tipo de sentencias, cabe destacar que otras sentencias argumentan claramente la importancia del testimonio de la víctima, como por ejemplo la STSJ PV 1196/2008:

“Por lo demás, no se aprecia ninguna circunstancia que atenúe la gravedad y la culpabilidad de su incumplimiento, no pudiendo valorarse como tal el hecho de que la afectada no requiriese asistencia médica o no hubiese presentado denuncia penal o laboral, o que hubiesen sido compañeros sentimentales, pues ello no desvirtúa la relación entre la conducta ilícita y el entorno laboral y tampoco justifica el comportamiento del demandante ni reduce su gravedad.”

b) La presencia de apreciaciones sexistas sobre la violencia y sus características y/o consecuencias.

Uno de los elementos más preocupantes de alguna de la jurisprudencia estudiada es la existencia de argumentos y apreciaciones claramente sexistas sobre la violencia y sus características y/o consecuencias. En diversas sentencias se encuentran comentarios que corresponden a algunos de los mitos sexistas sobre la violencia de género.

En la STSJ AS 1088/2008, en la que se denuncia una agresión sexual, el tribunal analiza la verosimilitud del testimonio de la víctima a través de ideas estereotipadas sobre la consecuencias de las agresiones sexuales:

“no es verosímil que el episodio de acoso sexual denunciado tuviera una duración de 35 minutos, que habiendo opuesto resistencia no presentase después el mas mínimo rasguño, que no es coherente con su relato de los hechos del que se deduce que no se trata de una simple insinuación o gesto de contenido sexual sino de abusos sexuales tales como tocamientos libidinoso en pechos y nalgas e intento de desvestirla, que hubiera acudido al trabajo los dos días siguientes”.

Sin embargo, tampoco cuando las consecuencias de la violencia se adaptan más a “la consecuencia estereotipada” esto garantiza que se aprecie el acoso sexual. En la sentencia STSJ 596/2009 Andalucía, encontramos el siguiente relato de los hechos:

“Por la Dra. Otilia se le extendió parte de baja a la actora el 22.04.05, diagnosticándosele estrés postraumático, permaneciendo en situación de incapacidad temporal hasta el 21.10.06, dictándose Resolución por el INSS el 26.04.07 (folio 14) por la que se le reconocía una prestación de incapacidad permanente absoluta, derivada de enfermedad común, con un 100 por 100 de la base reguladora de 537,37 €El Equipo de Valoración de incapacidades, previamente a lo anterior, había dictaminado el 18.12.06 que la actora padecía de estrés postraumático, derivado de enfermedad común, que le causaba limitaciones psíquicas.

La actora padeció durante el año 2005, y posteriormente, de ansiedad y estrés postraumático”

Pese a la acreditación médica de las consecuencias de la agresión sexual, la sentencia afirma no poder dar por acreditada la agresión sexual y apreciar el acoso sexual. Cabe destacar que, en numerosas sentencias, los hechos objeto de denuncia son agresiones sexuales graves.

En un sentido semejante, la sentencia STSJ MAD 12114/2008. En este caso incluso hay un parte de asistencia en un centro de asistencia a mujeres víctimas de agresiones sexuales, pese a lo cual tampoco el tribunal considera los hechos probados y resuelve negativamente con una escasísima argumentación.

Las dificultades para reconocer la discriminación que implica el acoso por razón de sexo también pueden verse en algunas sentencias, así la STSJ AR, 143/2009. En este caso, la situación producida puede resumirse partiendo de la sentencia:

“Que el pasado día 2 de Septiembre, y con ocasión de desplazarse la Encargada de su centro de trabajo a una reunión convocada por la Dirección de la empresa, al poco tiempo de abandonar ésta su puesto de trabajo Vd realizó comentarios despectivos hacia la misma en presencia de sus compañeros: “...Esta a estas horas se la estará chupando al Jefe debajo de la mesa y luego se lo tirará...”.

El tribunal no estima procedente el despido empresarial del trabajador, que ante testigos, dijo esta frase y para ello afirma que:

“No todo incumplimiento del contrato por parte del trabajador es constitutivo de despido, sino tan sólo cuando se produzca de forma “grave y culpable”, siendo exigible que la conducta sancionada se revele “maliciosa”, esto es, a través de “actos voluntarios” que denoten una “intencionalidad u omisión culpable... (imputable) a una “torcida voluntad” de su autor (STS de 16-6-1965 y 5-5-1980), pues la gravedad de la sanción de que se trata, el despido, obliga a una interpretación restrictiva, con la consecuyente imposición de otra sanción de menor trascendencia, si del examen de las circunstancias concurrentes resulta que los hechos imputados, si bien pudieran ser merecedores de sanción, no lo son de la más grave... siendo así necesario resaltar para la valoración de la falta cometida, su entidad, así como las circunstancias personales y de índole profesional de su autor, por el claro matiz subjetivo que la caracteriza”.

En algunas sentencias se ataca la veracidad del testimonio de las mujeres argumentando que con posterioridad a la agresión se dan conductas que no corresponden “a lo que se espera haga una víctima”. Es el caso de la sentencia STSJ CL 6423 Valladolid, en la que se utilizan elementos “como hacerse una foto juntos” en una cena de trabajo para destruir la veracidad del testimonio de la víctima.

En el caso de la STSJ CAT 8390/2008 no se aprecia el acoso de la víctima y se justifica la conducta del agresor debido a que estaba “bebido” y a que la agresión se da en ese contexto.

8. Causas del despido en base al artículo 54 g)

La Ley 3/2007 ha modificado el artículo 54.2 ET:

“Se considerarán incumplimientos contractuales:

“g) El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa.”

Respecto a las causas de despido del artículo 54 del ET se está utilizando de forma general el apartado g) del mismo, referente al acoso. Sin embargo, se han encontrado 5 sentencias, en las que aún y a pesar de quedar acreditada la conducta de acoso, el trabajador ha sido despedido por vía del apartado c), referente a ofensas verbales o físicas. Las sentencias son:

- *De acoso sexual* → STSJ AND 13393/08; STSJ CAT 3922/08 y STSJ CAT 14093/08
- *De acoso por razón de sexo* → STSJ ARAGÓN 143/09 y STSJ EXT 881/09

9. Referencias a la LISOS

Las referencias en las sentencias a los artículos de la LISOS reformados por la ley 3/2007 son muy escasas, en total sólo se han encontrado 5 sentencias que citan el artículo 8. 13 bis, referente a la tipificación como “muy grave” de las conductas constitutivas como “acoso”. Recordemos que la Ley 3/2007 modificó el artículo 8.13 bis de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social:

«13 bis. El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual y el acoso por razón de sexo, cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo.»

Concretamente sólo aplican dicho artículo las sentencias:

- *De acoso sexual* → STSJ CAT 8390/08; STSJ ICAN 2888/09; STSJ CANT 415/08; STSJ ICAN 1452/08;

- *De acoso por razón de sexo* → STSJ CLM 2638/09

10. Utilización del procedimiento especial de protección de derechos fundamentales de los artículos 175 y ss.

Respecto a la utilización del procedimiento especial de protección de derechos fundamentales (arts. 175 y ss.), también son pocas las sentencias en las que se remite la referencia al proceso especial de protección de derechos fundamentales. Aquellas en las que se hace referencia, lo hacen en virtud de los artículos 179, 180.1 y 182, de forma general.

- *De acoso sexual* → STSJ MAD 2309/08; STSJ ICAN 986/09; STSJ AND 13393/08; STSJ AS 1088/08; STSJ AS 1964/08; STSJ CAT 8390/08; STSJ EXT 2346/09; STSJ MAD 12504/09; STSJ ICAN 1452/08; STSJ ICAN 3942/09.

- *De acoso por razón de sexo* → STSJ AND 15668/08 y STSJ CLM 2638/09.

III. CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR

1) Permiso de paternidad

a) Novedades que implica la Ley Orgánica 3/2007 respecto de la legislación anterior.

En este ámbito cabe destacar que la novedad incorporada en su momento por la Ley Orgánica 3/2007 es evidente, ya que la misma comportó la instauración en nuestro país, respecto de los trabajadores sujetos a la regulación contenida en el Estatuto de los Trabajadores, del permiso de paternidad, tanto desde la perspectiva laboral –en cuanto permiso que comporta una suspensión del contrato de trabajo, artículo 48 bis del Estatuto de los Trabajadores– como desde la vertiente del sistema de Seguridad Social, con la incorporación de la nueva prestación por paternidad, regulada en los artículos 133 octies a 133 decies de la Ley General de la Seguridad Social.

Cabe tener presente, no obstante, que ese permiso de paternidad ya había sido reconocido con anterioridad a los funcionarios públicos, a través de diversas leyes autonómicas (como, por ejemplo, la catalana²⁰), con una duración temporal diversa. Y, asimismo, el Estatuto Básico del Empleado Público de 2007 –artículo 49– lo ha regulado también con un alcance general; precepto que, no obstante y como veremos, ha dado lugar a algunas reclamaciones judiciales.

En el caso del Estatuto de los Trabajadores, el permiso de paternidad tiene una duración ininterrumpida de 13 días –aunque estaba prevista su ampliación a 4 semanas con efectos desde el 1 de enero de 2011, las medidas de ajuste frente al déficit adoptadas por el gobierno han sacrificado esta ampliación–, ampliables en el supuesto de parto, adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo/a a partir del segundo. En cuanto al beneficiario, en caso de parto, el permiso corresponde en exclusiva al otro progenitor. En cambio, en los supuestos de adopción o acogimiento, el derecho corresponde sólo a uno de los progenitores, a elección de los interesados, salvo cuando el permiso por maternidad haya sido disfrutado en su totalidad por uno de los progenitores. En este último supuesto, el derecho al permiso de paternidad únicamente puede ser ejercido por el otro progenitor.

El permiso de paternidad puede disfrutarse durante el período comprendido desde la finalización del permiso por nacimiento de hijo/a, previsto legal o convencionalmente, o desde la resolución judicial por la que se constituye la adopción o a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, hasta que finalice la suspensión del contrato por maternidad, o inmediatamente después de la finalización de dicha suspensión. También cabe su disfrute a tiempo parcial, con un mínimo del 50 por 100, previo acuerdo entre la empresa y el trabajador.

20 Ley 8/2006, de 10 de julio.

También se debe tener presente que durante el permiso por paternidad y siempre que se cumplan los requisitos previstos en el artículo 133 nonies de la Ley General de la Seguridad Social²¹, el trabajador percibirá una prestación de la Seguridad Social gestionada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, con una cuantía equivalente al 100 por 100 de la correspondiente base de cotización por contingencias comunes del mes anterior al inicio del descanso.

Por su parte, en el artículo 49 del Estatuto Básico del Empleado Público se recoge el derecho a un permiso por el nacimiento, acogimiento o adopción de un hijo/a con una duración de 15 días, a disfrutar por el padre o el otro progenitor a partir de la fecha del nacimiento, de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción. Se tendrá también derecho a percibir la correspondiente prestación a cargo del sistema de Seguridad Social. Cabe insistir en que, si la correspondiente normativa autonómica sobre función pública prevé un permiso de paternidad con una duración superior, será dicha normativa la que se aplique.

b. La posición de los Tribunales

En este ámbito cabe destacar, ya inicialmente, tres elementos:

1) La gran mayoría de las reclamaciones judiciales las presentan trabajadores –personal laboral– de las administraciones públicas (es el caso de 10 de las 13 sentencias analizadas), mientras que una reclamación corresponde a un trabajador de una empresa pública y 2 reclamaciones a trabajadores de empresas privadas. Elemento o conclusión que, sin duda, resulta interesante, ya que denota claramente el perfil –trabajadores del sector público– de aquellos que en estos momentos están planteando reclamaciones en torno al permiso de paternidad.

21 “Serán beneficiarios del subsidio por paternidad los trabajadores por cuenta ajena que disfruten de la suspensión referida en el artículo anterior, siempre que, reuniendo la condición general exigida en el artículo 124.1 <afiliación y alta en la Seguridad Social>, acrediten un período mínimo de cotización de 180 días, dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de dicha suspensión, o, alternativamente, 360 días a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a la mencionada fecha, y reúnan las demás condiciones que reglamentariamente se determinen”. Por su parte, el artículo 133 octies señala que: “A efectos de la prestación por paternidad, se considerarán situaciones protegidas el nacimiento de hijo, la adopción y el acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, y aunque dichos acogimientos sean provisionales, durante el período de suspensión que, por tales situaciones, se disfrute de acuerdo con lo previsto en el artículo 48 bis del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, o durante el período de permiso que se disfrute, en los mismos supuestos, de acuerdo con lo dispuesto en la letra a) del artículo 30.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública”.

2) Por las propias características del permiso, los reclamantes son hombres.

3) Y también resulta muy interesante el motivo por el que se reclama judicialmente, así:

- En el caso del personal de las Administraciones Públicas, no se discute el derecho al permiso –que reconocen las Administraciones Públicas sin trabas– sino que se debate cuál debe ser la duración de dicho permiso, como consecuencia de la posible confusión existente en torno a la normativa aplicable en esta cuestión (Estatuto de los Trabajadores y/o Estatuto Básico del Empleado Público), cuando se trata del personal laboral de las Administraciones Públicas.
- En cambio, en las escasas reclamaciones planteadas en el marco de las empresas privadas –sólo 2 reclamaciones, como veíamos antes– se alega el permiso de paternidad en el marco de la extinción del contrato de trabajo, reclamándose la declaración de nulidad del correspondiente despido (artículo 55.5.a) del Estatuto de los Trabajadores²²). En ninguno de los dos casos prospera la demanda del trabajador.

De ello se deduce que la diversa situación de partida y de regulación aplicable a uno y otro tipo de personal se manifiesta claramente en este ámbito.

c. Sentencias relevantes y recomendaciones

A nuestro entender, en este ámbito destaca especialmente la STS de 19-5-2009²³, donde se concluye, si bien a nuestro entender con argumentos jurídicos endebles, que, en el caso del personal laboral de las Administraciones Públicas, no son compatibles el permiso de paternidad previsto en el Estatuto Básico del Empleado Público y el permiso recogido en el Estatuto de los Trabajadores –lo que daría lugar, de haberse admitido, a una duración del permiso de 28 días–, alegando el Tribunal Supremo que el objeto, finalidad y contenido de ambos permisos son esencialmente idénticos.

De este modo, se afirma que el artículo 49 del Estatuto Básico del Empleado Público se aplica exclusivamente a los funcionarios públicos, y, en consecuencia, al personal laboral de las Administraciones Pública se le aplica, también de forma exclusiva, el artículo 48 bis del Estatuto de los Trabajadores. Así, se señala que: “... *En definitiva, de todo lo hasta*

22 “Será también nulo el despido en los siguientes supuestos: a) *El de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante el lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad al que se refiere la letra d) del apartado 1 del artículo 45, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho período...*”.

23 Referencia 4948/2009.

ahora expuesto, cabe concluir que las normas jurídicas relativas al permiso de paternidad cuya declaración de compatibilidad, y en consecuencia de sucesivo disfrute, pretende el Sindicato recurrente respecto de los empleados públicos que ostentan la condición de personal laboral, no pueden aplicarse acumulativamente, pues, aun siendo su objeto, finalidad y contenido esencialmente idéntico en el ámbito sustantivo, laboral y funcionarial, y con pequeñas diferencias en cuanto al periodo protegido con cargo a prestaciones de la seguridad social (dos días más en el ámbito funcionarial, cuando en el laboral dos de dichos días van cargo empresarial), tienen destinatarios distintos, la contenida en el art. 48 bis ET a los trabajadores aunque estén incluidos como personal laboral en el ámbito del Estatuto Básico del Empleado Público, y la regulada en el art. 49.c) EBEP a los funcionarios incluidos en su ámbito, sin que con respecto a los trabajadores sea más beneficiosa la segunda respecto a la primera, aunque puedan existir pequeñas diferencias favorables a la Administración Pública empleadora en esta última, y sin que del art. 51 EBEP y de la remisión que efectúa para el régimen de permisos del personal laboral “a lo establecido en este Capítulo y en la legislación laboral correspondiente” quepa entender que deben ser aplicadas acumulativamente ambas normativas...”. Este criterio ha sido seguido por diversas sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia²⁴.

En esta sentencia y otras sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia se pone de manifiesto, en definitiva, los problemas que plantea la confusa redacción del artículo 49 del Estatuto Básico del Empleado Público en relación con el permiso de paternidad; tal y como se afirma, con total claridad, en la STSJ de Canarias de 30 de junio de 2009, al señalar que: “el problema de la aplicación de uno u otro (o ambos) regímenes jurídicos descansa en la muy defectuosa técnica legislativa de la nueva ley 7/07 (el EBEP) que nace con vocación de generalidad para regular las relaciones jurídicas de todos los empleados públicos, pero que su deficiente e inconexa técnica hace que se produzcan contradicciones, por solapamiento normativo con otros regímenes, tales como el laboral ordinario (caso de autos) o el personal estatutario..”.

Cabría recomendar la modificación del artículo 49 del Estatuto Básico del Empleado Público a los efectos de evitar dicha confusión. Se trataría de aclarar cuál es realmente el ámbito subjetivo de aplicación del citado precepto y si alcanza, en todos los casos, al personal laboral de las Administraciones Públicas.

También en el ámbito del sector público –empresa pública– cabe destacar otra sentencia –en este caso del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 11 de noviembre de 2008²⁵–, donde, con un criterio favorable a la conciliación de la vida laboral y familiar, se declara compatible un permiso por nacimiento de hijos, de 10 días de duración, previsto

24 SSTSJ referencias 2155/09, 4017/09, 4022/09, 4700/09, 2150/09, 2877/09, 5102/09 y 2051/09.

25 Referencia 3404/2008.

en convenio colectivo, con el permiso por paternidad recogido en el artículo 48 bis del Estatuto de los Trabajadores. La solución judicial se fundamenta precisamente en los cambios legales incorporados en torno a la paternidad por la Ley Orgánica 3/2007, reconociéndose expresamente dicha compatibilidad, incluso cuando la duración del permiso por nacimiento ha sido ampliada de forma importante por el correspondiente convenio colectivo (de 2 a 10 días de duración).

Cabe pensar, no obstante, que al haberse reconocido legalmente un permiso por paternidad de una cierta duración –que llegará a 4 semanas el 1 de enero de 2011– en el futuro se reducirán los convenios colectivos que, como el aplicable en este caso, establecen una duración amplia del permiso por nacimiento de un hijo. Habrá que estar atentos a la evolución de la negociación colectiva en los próximos años.

Finalmente, tal y como avanzábamos, la presencia, a nivel judicial, del permiso de paternidad en el sector de las empresas privadas, aparte de ser escasa, se centra en el momento de la extinción del contrato de trabajo, del despido. Esto es, es en el momento en que se despide a un trabajador cuando éste alega el permiso de paternidad, a los efectos de que resulte de aplicación la protección recogida en el artículo 55.5.a) del Estatuto de los Trabajadores, que llevaría a declarar la nulidad del despido. Es el caso de la STSJ de Andalucía de 2 de diciembre de 2008²⁶, donde finalmente el Tribunal deniega la calificación del despido como nulo al considerar que no se trata de un despido discriminatorio y que tampoco se han aportado indicios de vulneración de derechos fundamentales. Y también es el caso de la STSJ de Andalucía de 14 de octubre de 2008²⁷.

Con todas las cautelas posibles, cabe preguntarse por los perjuicios que podría comportar el que se pretenda utilizar la protección legal prevista frente a un despido vinculado con el ejercicio de los derechos de conciliación (artículo 55.5.a) del Estatuto de los Trabajadores) como escudo frente a casos en que podrían existir motivos suficientes para proceder al despido disciplinario del trabajador. Cabe pensar si ello podría dar lugar a que finalmente se desvirtúe el objetivo garantista y de protección que subyace en el citado artículo 55.5.a) del Estatuto de los Trabajadores.

26 Referencia 14812/2009.

27 Referencia 13045/2008.

2) Reducción de jornada por cuidado de hijos/as y por cuidado de familiares

a. Novedades que implica la Ley Orgánica 3/2007 respecto de la legislación anterior.

A diferencia de otros ámbitos, en el caso de la reducción de jornada por cuidado de hijos/as o de familiares –regulada en el artículo 37.5 y 6 del Estatuto de los Trabajadores– las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 3/2007 se centraron en aspectos concretos, que son dos:

- Se aumentó a 8 años la edad máxima para poder acceder a la reducción de jornada por cuidado de hijos/as.
- Se flexibilizó el límite mínimo de la reducción de jornada pasando de un tercio de reducción a un mínimo de un octavo, facilitándose así el acceso a esta medida de conciliación de la vida laboral y familiar.

De este modo y como consecuencia última de la Ley Orgánica 3/2007, quienes por razones de guarda legal tengan a su cuidado directo algún menor de 8 años o una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida, tienen derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquélla.

A lo que cabe añadir que tiene el mismo derecho quien precisa encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe una actividad retribuida.

Régimen jurídico que, por otra parte, se completa con los siguientes elementos:

- Constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres y mujeres. No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa.
- La concreción horaria y la determinación del período de disfrute corresponde al trabajador o trabajadora, dentro de su jornada ordinaria. El trabajador debe preavisar al empresario con 15 días de antelación la fecha en que se reincorporará a su jornada ordinaria. Las discrepancias surgidas entre empresario y trabajador en este ámbito serán resueltas por la jurisdicción social a través del procedimiento establecido en el artículo 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral.

Finalmente, desde la perspectiva de la protección de Seguridad Social, la Ley Orgánica 3/2007 también incorporó una novedad o mejora, consistente en considerar las cotizaciones realizadas durante los 2 primeros años de la reducción de jornada por cuidado de hijos/as computadas al 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin reducción la jornada de trabajo, a los efectos de las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad²⁸. En cambio y en la misma línea apuntada en el apartado dedicado a la excedencia, ese incremento, en el caso de la reducción de jornada por cuidado de familiares, sólo alcanza al primer año (artículo 180.3 de la Ley General de la Seguridad Social). Diferencia de trato que, por los mismos motivos alegados al tratar de la excedencia, resulta discutible y debería ser corregida por el legislador. Nos remitimos, pues, a lo allí señalado.

b. La posición de los Tribunales, sentencias relevantes y recomendaciones

El resultado final de sentencias obtenidas para la investigación objeto del proyecto y de las que se han elaborado las fichas correspondientes es de 46 sentencias sobre “reducción de jornada por cuidado de hijos/as” y 8 sentencias sobre “*reducción de jornada por cuidado de familiares*”. Las sentencias escogidas para la realización de fichas han sido aquellas sentencias que examinaban de forma motivada el derecho de “*reducción de jornada*” de manera que se podían extraer de su estudio referencias importantes en cuanto a la interpretación y aplicación de la legislación que protege actualmente este derecho.

Lógicamente, en este ámbito es necesario diferenciar entre la reducción de jornada por cuidado de familiares y la reducción de jornada por cuidado de hijos/as.

b.1. La reducción de jornada por cuidado de familiares

En este ámbito, la cuestión esencial tratada por los Tribunales –en 6 de las 8 sentencias analizadas– se centra en la calificación jurídica de la situación siguiente: trabajador o trabajadora que son contratados a través de varios contratos temporales sucesivos (de diverso tipo: eventuales, por obra o servicio determinado...) por una Administración Pública, que solicitan una reducción de jornada por cuidado de familiares y que, posteriormente, reciben la comunicación de que su contrato de trabajo queda extinguido por la finalización del mismo, no renovándose, o bien, directamente son despedidos.

28 También se prevé que: “cuando las excedencias.. hubieran estado precedidas por una reducción de jornada en los términos previstos en el artículo 37.5 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, a efectos de la consideración como cotizados de los períodos de excedencia que correspondan, las cotizaciones realizadas durante la reducción de jornada se computarán incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo” (artículo 180.4 de la Ley General de la Seguridad Social, incorporado por la Ley Orgánica 3/2007).

Esta situación, al margen de concluir que se trata de una relación laboral indefinida, es calificada por los Tribunales como un despido nulo y no improcedente, sobre la base de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 55.5.b) del Estatuto de los Trabajadores²⁹, sin necesidad de probar la existencia de un móvil discriminatorio en la decisión empresarial de extinguir la relación laboral, ya que la protección del citado artículo es automática, bastando con que la trabajadora o trabajador se encontrase en una situación de reducción de jornada, tal y como ha establecido el propio Tribunal Constitucional (entre otras, STC 92/2008). Por tanto, en estos casos, el despido de un trabajador o trabajadora sólo puede ser calificado como nulo o procedente, nunca como improcedente.

Se trata, a nuestro entender, de una interpretación judicial no sólo acorde con la doctrina del Tribunal Constitucional sino también con la propia finalidad perseguida por la Ley Orgánica 3/2007.

En esta línea, en la STSJ de la Comunidad Valenciana de 5 de mayo de 2009³⁰ se afirma que: *“el artículo 55.5 ET contiene una garantía objetiva y automática, al margen de cualquier móvil discriminatorio, de modo que el despido de los trabajadores que se encuentren incluidos en alguno de los supuestos contemplados en el indicado precepto, salvo que resulte procedente, la declaración será de nulidad y no de improcedencia. En este sentido es de destacar que la meritada sentencia del TS en relación con el despido de una trabajadora embarazada, que es uno de los supuestos previstos en el art. 55.5 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, indica que “La garantía frente al despido del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras embarazadas no exige necesariamente un sistema de tutela objetiva como el previsto por el legislador en la Ley 39/1999. Serían posibles, desde esta perspectiva, otros sistemas de protección igualmente respetuosos con el art. 14 CE como, en particular, el que estaba en vigor en el momento de la reforma legal (se refiere el anterior a la modificación introducida por la Ley 39/99). Sin embargo, una vez que el legislador ha optado por un desarrollo concreto del art. 14 CE, que incrementa las garantías precedentes conectándolas con la tutela también reforzada de otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos, no puede el órgano judicial efectuar una interpretación restrictiva y ajena a las reglas hermenéuticas en vigor que prive al precepto legal de aquellas garantías establecidas por el legislador y con las que la trabajadora podía razonablemente entenderse amparada en su determinación personal, pues con ello se estaría impidiendo la efectividad del derecho fundamental de acuerdo con su contenido previamente definido (STC 229/2002, de 9 de diciembre, FJ 4). Tal decisión no satisface las exigencias del canon de razonabilidad y motivación*

29 “Será también nulo el despido en los siguientes supuestos: ... b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a), y el de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4, 4 bis y 5 del artículo 37, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando de la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46...”

30 Referencia 3024/2009.

reforzadas y de efectividad del derecho fundamental que impone la afectación – particularmente intensa, en el presente caso– del derecho a la no discriminación por razón de sexo de la trabajadora y de los restantes derechos y bienes constitucionalmente relevantes implicados...”

Por su parte, y en el mismo sentido, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 28 de mayo de 2008³¹ señala, ante un supuesto en que tres trabajadoras de una Administración Pública que disfrutaban de una reducción de jornada (2 por cuidado de hijos/as y 1 por cuidado de familiares), son despedidas y sustituidas por otros trabajadores, que: “... *el despido de las trabajadoras que ejercieron su derecho a la reducción de jornada por cuidado de hijo menor de 8 años y por cuidado de familiar, previsto por el artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores tiene como consecuencia inmediata, por imperativo del artículo 55.5. b) del Estatuto de los Trabajadores la declaración de nulidad del mencionado despido, pues dicho precepto determina como nulo el supuesto de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren, entre otros, al apartado 37.5 del Estatuto o lo estén disfrutando. Por tanto, en el presente caso, el despido de las trabajadoras que estaban disfrutando de los permisos de cuidado de hijos y cuidado de familiares, se debe considerar nulo con el consiguiente efecto que determina el artículo 55.6 del Estatuto de los Trabajadores, esto es, la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir”*.

Y, en fin, en la STSJ de la Comunidad Valenciana de 5 de mayo de 2009³², se manifiesta que la finalidad que persigue el artículo 55.5.b) del Estatuto de los Trabajadores “... *no es hacer como se señala por el recurrente a los trabajadores que hayan hecho uso de ese derecho a la reducción de la jornada de mejor derecho que el resto, sino por contra que la supuesta desigualdad se establece para garantizar la efectividad del ejercicio de tales derechos, de manera que ningún trabajador pueda verse abocado a la pérdida de su empleo por el ejercicio de los mismos”*.

La misma problemática anterior y también la misma solución –declaración del despido o de la extinción del contrato como un despido nulo– se plantea en las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 5 de mayo de 2009³³ y 14 de julio de 2009³⁴.

31 Referencia 3135/2008.

32 Referencia 3042/2009.

33 Referencia 3046/2009.

34 Referencia 5682/2009. La misma lógica se encuentra también en la STSJ de la Comunidad Valenciana de 27 de octubre de 2009 (referencia 7831/2009), donde se plantea el caso de una trabajadora de una administración pública sujeta a varios contratos temporales fraudulentos que solicita la reducción de jornada una vez conocida la resolución del último contrato de trabajo. El Tribunal estima que no existe un despido nulo, ya que la trabajadora en el momento de presentar la solicitud de reducción de jornada conocía la extinción de su contrato.

Finalmente, en este ámbito sorprenden dos factores:

- 1º) Que, en todos los casos, sea una Administración Pública la demandada, lo que demuestra que también las Administraciones Públicas están incurriendo en conductas contrarias al espíritu de la Ley Orgánica 3/2007. Respecto al perfil de los demandantes en estos casos, y a diferencia de otros ámbitos, se trata tanto de hombres como de mujeres (4 mujeres y 2 hombres); y,
- 2º) que, a pesar de los claros términos empleados por el artículo 55.5.b) del Estatuto de los Trabajadores, aún se siga debatiendo judicialmente –o se tenga que recurrir a los Tribunales para defenderse– que el despido en este caso es nulo y no improcedente, salvo que se pruebe, por parte del empresario, que existían motivos, ajenos al ejercicio del derecho a la reducción de jornada, que justificaban la extinción del contrato de trabajo (motivos ajenos que no se logran probar en ninguno de los 5 casos en que podría haberse hecho³⁵). Como decíamos anteriormente, en el supuesto que nos ocupa sólo cabe la declaración del despido como procedente o como nulo.

Por otra parte, junto con la cuestión anterior, se tratan por los Tribunales otras tres materias:

- 1) Se recuerda que la reducción de jornada por cuidado de familiares es un derecho individual del trabajador que la empresa debe conceder inexorablemente cuando se acredite la existencia de una persona dependiente, y que sólo puede limitarse –con matices– cuando dos trabajadores de la misma empresa lo solicitan respecto del mismo sujeto causante³⁶.
- 2) Se admite la posibilidad de sancionar laboralmente al trabajador o trabajadora que hace un uso indebido de la reducción de jornada, dedicándola a otro fin. Esta cuestión se plantea en la STSJ de Madrid de 23 de septiembre de 2008³⁷, donde una trabajadora solicita una reducción de jornada para el cuidado de su abuela y la empresa la sanciona al constatar que la trabajadora residía en Madrid y su abuela lo hacía en la Gomera. El Tribunal confirma la sanción, afirmando que: “... la sanción impuesta debe ser confirmada, pues, según tiene declarado con reiteración el Tribunal Supremo (Sentencias de 22 Mayo 1986, 21 Julio 1988, 4 Febrero 1991, entre otras), la buena fe contractual a que se refiere el art. 54.2 d) del Estatuto de los Trabajadores es la que deriva de los deberes de conducta y del comportamiento que el art. 5a), en relación con el art. 20.2, ambos del Estatuto de los Trabajadores, deberes que imponen al trabajador comportamiento arreglado a valoraciones éticas, que condiciona y limita por ello el ejercicio de los derechos subjetivos”.

35 Sentencias del TSJ de la Comunidad Valenciana de 5 de mayo de 2009 (referencias 3024/2009, 3042/2009 y 3046/2009), 28 de mayo de 2008 (referencia 3135/2008), y 14 de julio de 2009 (5682/2009).

36 STSJ de Madrid de 31 de marzo de 2008, referencia 7908/2008.

37 Referencia 25107/2008.

Y, 3) se plantea una cuestión interesante que, sin embargo, no se resuelve: el contenido de los informes médicos que la empresa puede solicitar a los efectos de que el trabajador justifique que tiene una persona dependiente a su cuidado. Teniendo en cuenta la parquedad, en esta cuestión, del artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores, podría recomendarse una modificación legal o desarrollo reglamentario que aclare, entre otras cuestiones, el tipo de certificados que el trabajador tiene que presentar para justificar que tiene una persona dependiente a su cuidado, respetando en todo caso el derecho a la intimidad y a la protección de los datos personales³⁸.

Desde una perspectiva cuantitativa y completando los datos anteriormente aportados: de las 8 sentencias examinadas, en 5 la demandante era una mujer y en 3 un hombre, y 6 reclamaciones se plantearon en el marco de una Administración Pública y 2 en empresas privadas. Y al igual que planteamos en el apartado dedicado a la excedencia por cuidado de familiares, la escasa conflictividad judicial en el marco de este tipo de reducción de jornada puede deberse a que ésta se solicita menos que la reducción de jornada por cuidado de hijos/as y que ello puede deberse también a una determinada concepción social sobre si solicitar una reducción de jornada es necesario o conveniente cuando no se trata de cuidar hijos/as sino personas discapacitadas o ancianas.

b.2. La reducción de jornada por cuidado de hijos/as.

En el debate judicial sobre la reducción de jornada por cuidado de hijos/as o menores, cabe destacar cinco aspectos:

- Si es posible o válido modificar las condiciones de trabajo de un trabajador o trabajadora que solicita o se encuentra en situación de reducción de jornada por cuidado de hijos/as, ya se trate del centro de trabajo donde presta sus servicios, su categoría profesional, cuestiones salariales, funciones, turnos de trabajo, etc. En esta cuestión se centra un buen número de las sentencias analizadas lo que implica que, en la práctica, la aprobación de la Ley Orgánica 3/2007 no ha supuesto un escudo frente a este tipo de conductas empresariales.
- Qué consecuencias comporta el despido de un trabajador o trabajadora que solicita o se encuentra disfrutando de una reducción de jornada por cuidado de hijos/as.
- Cómo se calcula la indemnización por despido cuando, en el período a tener en cuenta, ha existido una reducción de jornada por cuidado de hijos/as (o de familiares, ya que la solución sería la misma).

38 STSJ de Madrid de 31 de marzo de 2008, referencia 7908/2008.

- Cuestiones vinculadas al cálculo de las prestaciones de Seguridad Social, cuando éstas se causan tras una situación de reducción de jornada por cuidado de hijos/as (o de familiares, ya que la solución sería la misma).
- Cuestiones procesales.

Veamos cada una de estas cuestiones.

En primer lugar, cabe destacar que bastantes reclamaciones judiciales (19 sentencias) se centran en casos en que la empresa modifica las condiciones de trabajo de un trabajador o trabajadora (muy mayoritariamente trabajadoras) cuando solicita la reducción de jornada o bien cuando se encuentra disfrutando de ella. Modificaciones que afectan a cuestiones como las siguientes:

1. *Cambio del centro de trabajo donde se presta servicios*: Se cambia de centro de trabajo a una trabajadora que solicita una reducción de jornada de trabajo: es el caso de las SSTSJ de Extremadura de 22 de julio de 2008³⁹ y de Madrid de 8 de septiembre de 2009⁴⁰ y 6 de julio de 2009⁴¹. En todos los casos la decisión empresarial se entiende motivada.

2. *Se cambia el lugar de trabajo pero no el centro de trabajo*: STSJ de la Comunidad Valenciana de 2 de junio de 2009⁴², donde el Tribunal considera que no se ha incurrido en una modificación de funciones que implique un perjuicio para la dignidad de la trabajadora o su formación o promoción profesional. Así se afirma que: “... la actora sigue prestando los mismos o similares servicios, correspondientes a su categoría profesional en las propias instalaciones de la empresa, si bien en distinta ubicación u oficina, lo que por sí solo no cabe considerar como una alteración fundamental de sus condiciones de trabajo, ni que, aun de admitirse tal entidad en la modificación, este se haya realizado por la empresa para perjudicar la formación profesional de la actora o menoscabar su dignidad, pues obedece a la necesidad apreciada, por la acumulación de correos electrónicos, control de facturación etc, de efectuar una reestructuración en el trabajo de secretarías y recepcionistas, no habiendo sido ocupado el puesto que antes ocupaba la actora en el 1º piso por personal administrativo alguno; y, en definitiva, no se justifica que esta actuación profesional perjudique la formación profesional de la actora o menoscabe su dignidad, ni atribuir su estado de ansiedad (baja de 3–12–07 que continuaba el 23–10–08) por cambiar su lugar de trabajo “en un primer piso a la planta baja donde lleva a cabo las mismas funciones junto a personal que tiene o bien la misma categoría de oficial de primera o en su caso de segunda (F.J. 3º).”

39 Referencia 1233/2008.

40 Referencia 9713/2009.

41 Referencia 3965/2009.

42 Referencia 5263/2009.

3. *Cambio de funciones y de centro de trabajo*: es el caso de las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 2 de abril de 2009⁴³ (cambio de funciones, de encargada de tienda a dependienta, además del cambio de centro de trabajo) y de 30 de enero de 2008⁴⁴. En ambos supuestos el Tribunal da la razón a las trabajadoras demandantes.
4. *Cambio de funciones*: sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Cantabria de 4 de diciembre de 2008⁴⁵ (trabajadora que tras solicitar la reducción de jornada deja de ser encargada), de Cataluña de 19 de mayo de 2008⁴⁶, de Madrid de 21 de abril de 2008⁴⁷ y 15 de julio de 2009⁴⁸ y de Navarra de 9 de septiembre de 2008⁴⁹.
5. *Cambio de funciones y de jornada de trabajo*: STSJ de Andalucía de 29 de octubre de 2009⁵⁰, que resuelve el caso de una trabajadora que, tras la maternidad, solicita una reducción de jornada por cuidado de hijos/as. Poco después se le cambian la jornada y las funciones, haciéndole más difícil su conciliación de la vida laboral y familiar. La decisión empresarial es calificada por el Tribunal como discriminatoria, dado que la empresa no prueba que su decisión se basó en motivos objetivos y razonables ajenos a la discriminación.

De este modo, se manifiesta que: “... dicha fundamentación sin embargo no es ni siquiera intentada por la empresa, que alude a unas necesidades de servicio que podría haber aclarado sin problema alguno al disponer de los medios adecuados al efecto. No habiéndolo hecho así y no intentándolo siquiera, es lógico pensar que la conducta empresarial tuviera relación con la petición por la trabajadora de establecimiento de un turno reducido sólo de mañana, efectuada el 21 de abril de 2008. Ello por la súbita modificación de un turno genérico ya atribuido a la actora, lo que no pudo sino plantear problemas de reorganización de turnos a la propia demandada; y por su cercanía temporal con la solicitud formulada.[...] por otro lado, es indicio claro de la alegada discriminación por razón de sexo la maternidad de la actora, pues es

43 Referencia 5222/2009.

44 Referencia 1861/2008.

45 Referencia 1707/2008.

46 Referencia 5284/2008.

47 Referencia 4761/2008.

48 Referencia 5846/2009. En este ámbito, vid, también STSJ de Madrid de 27 de mayo de 2008, referencia 10171/2008.

49 Referencia 679/2008.

50 Referencia 102086/2009.

inmediatamente anterior a su reincorporación, momento en que se produce tal cambio; por ello, la empresa debió probar que ese parcial cambio de horario tiene causas objetivas y razonables ajenas a todo propósito discriminatorio, mas no constan alegadas en su escrito relatado en el hecho quinto, ni en juicio ni en este recurso, por lo que debe operar la regla de inversión de la carga de la prueba ex art. 179.2 LPL, recayendo sobre la empresa las consecuencias de la falta de prueba de la justificación de la medida, estimándose parcialmente la demanda, por tanto, respecto al horario. No procede la imposición de condena al pago de indemnización alguna, pues los daños psíquicos y morales que se alegaban decían fundarse en una conducta de acoso moral no probada, sin que consten perjuicios algunos por el nuevo horario a observar al darse de baja médica inmediatamente, siendo la mera declaración suficiente reparación.”

6. *Cambio de turno de trabajo:* Es el caso de la STSJ de Madrid de 22 de enero de 2008⁵¹, que resuelve la demanda de una trabajadora que, si bien en su contrato había admitido posibles cambios de turno, había mantenido un turno fijo de trabajo hasta el momento en que reclama una reducción de jornada, cuando precisamente se le cambia de turno. El Tribunal considera que la decisión empresarial se basa en una causa discriminatoria, ya que no se han aportado los motivos necesarios. Así se afirma que: *“Tales hechos evidencian que la actora ha aportado indicios de discriminación en la medida adoptada por la empresa, puesto que, como se ha dicho, en ningún momento de su relación laboral se había modificado su turno fijo de trabajo, inclusive tras su recolocación en el departamento de operaciones, donde se efectuaba el trabajo en tres turnos, la actora mantuvo su turno fijo, siendo así que la modificación se produce inmediatamente después de su solicitud de reducción de jornada por lo que existe una clara conexión temporal entre ambos hechos. Por su parte la empresa no ha justificado las razones determinantes de tal modificación, ni tampoco que las mismas obedezcan a una finalidad totalmente ajena a la de vulnerar derechos fundamentales de la trabajadora, por lo que debe estimarse el motivo de suplicación considerando así que la medida adoptada vulnera el derecho a la indemnidad de la actora, puesto que como ha declarado ya el Tribunal Constitucional, en sentencia, entre otras, nº 87/1998, de 21 de abril, si el trabajador aporta indicios de discriminación, la empresa ha de probar la seriedad de sus motivaciones, incluso en el ejercicio de la facultad discrecional de la movilidad funcional”*.

También cabe citar la STSJ de Andalucía de 16 de enero de 2008⁵², referida a la opción de una trabajadora de no prestar servicios los sábados, con el objetivo de poder conciliar

51 Referencia 216/2008.

52 Referencia 3058/2008.

su vida laboral y familiar. Así como la STSJ de Madrid de 17 de julio de 2009⁵³ donde se plantea el supuesto de una trabajadora que solicita una reducción de jornada que, en la práctica, no puede cumplir como consecuencia de las necesidades del servicio –trabaja en un hospital– sin que la empresa le facilite los medios necesarios para evitar dicha situación. Se le reconoce el derecho a cobrar horas extraordinarias.

Y, 7. *Cuestiones salariales*: Es el caso de las sentencias del TSJ de Cataluña de 28 de septiembre de 2009⁵⁴, donde se prevé el derecho a mantener el cobro de un plus de disponibilidad a una trabajadora en situación de reducción de jornada⁵⁵; de Aragón de 24 de junio de 2009⁵⁶ que reconoce el derecho a percibir el plus de transporte a los trabajadores con reducción de jornada de un

53 Referencia 5474/2009, donde se afirma: “Por lo tanto, a tenor de estas resoluciones no queda ninguna duda ni de que la trabajadora se veía obligada continuamente a prolongar su jornada laboral (consta también así de los datos que incorporan los hechos declarados probados 9 a 12), ni de que la razón por la que aquella no veía respetado el derecho a salir a las 16 horas se debía a que en ese momento la empresa no había habilitado los mecanismos necesarios para sustituirla en la obligada e inexcusable atención de pacientes. En estas circunstancias no cabe compartir el razonamiento del juez de instancia según el cual la actora permanecía en su puesto por libre decisión, al estar autorizada a abandonar su puesto a las 16 horas, pues, por mucho que el jefe del servicio al que aquella pertenecía así lo hubiese manifestado, por encima de éste estaba la dirección del centro hospitalario, que conocía el problema existente y mantenía la situación de la trabajadora, que se veía obligada a prolongar su jornada más allá del tiempo debido como obligada responsabilidad, ya que la autorización judicial que se le había dado para el efectivo cumplimiento de su derecho a salir a las 16 horas requería “que el cumplimiento del horario se produzca sin merma del nivel de atención clínica a los pacientes” y la empresa no consta que tomase medida alguna para proceder a su inmediata sustitución, aun cuando el Juzgado nº 28 la requirió expresamente para que informase de las medidas adoptadas con tal fin”.

54 Referencia 10606/2009.

55 Se afirma que: “Es evidente que el derecho reconocido a las actoras por la sentencia de instancia no se ampara en el artículo 135 del Convenio Colectivo, por cuanto las mismas no reúnen los requisitos exigidos por el precepto para percibir el plus debatido, pero no existe infracción del precepto convencional, en la medida en que la sentencia establece con claridad meridiana que el derecho nace, no de esa normativa, ni siquiera de las previsiones del artículo 37.5 del ET, sino exclusivamente de la existencia de una condición más beneficiosa, cuya supresión unilateral por la empresa no es admisible. La circunstancia de que las aquí demandantes–recurridas se hayan acogido a la reducción de jornada en diferentes momentos del año 2006, con posterioridad a que la empresa decidiera dejar de abonar el plus en esos casos y se planteasen las correspondientes demandas judiciales, en modo alguno impide considerar aplicable a las mismas esa condición más beneficiosa que la empresa venía aplicando, desde noviembre de 1999 hasta 1 de enero de 2004, a todos los trabajadores y trabajadoras que se acogían a la reducción de jornada por cuidado de hijos, sin excepción alguna, de ahí que no pueda sostenerse que sólo afecta a los que estaban percibiendo el plus en reducción de jornada con anterioridad a 1 de enero de 2004, dado que el beneficio se extiende, con carácter colectivo, a todos aquellos trabajadores que están sujetos a los 4 turnos básicos y que al pasar a reducción de jornada, con horario fijo, continuarán percibiendo el plus, si bien con merma en su importe proporcional a la reducción de jornada, por cuanto así lo ha establecido con carácter general la empresa mediante el abono en esos términos a lo largo de cuatro años, sin excepción alguna, en el centro de trabajo de Barcelona..”.

56 Referencia 896/2009.

determinado centro de trabajo y no al de otro⁵⁷; de Cataluña de 12 de junio de 2008⁵⁸ que avala la no percepción de una prima por parte de una trabajadora con reducción de jornada por motivos disciplinarios, y de 19 de junio de 2009⁵⁹, donde se discute la forma de pago de las guardias de presencia cuando se trata de una trabajadora en situación de reducción de jornada⁶⁰.

Salvo en las cuestiones salariales, la decisión judicial se basa en el convencimiento o no de que la empresa ha demostrado que existen motivos razonables, ajenos al recurso a la medida de conciliación, que justifican su decisión. En todo caso, resulta de por sí sintomático el número de reclamaciones judiciales existentes en torno a este tema, presentadas muy mayoritariamente por mujeres que trabajan en el sector privado.

57 El Tribunal considera que no existe discriminación en una decisión empresarial que conlleva el pago del plus de transporte a los trabajadores con reducción de jornada de un centro de trabajo y no a los de otro, afirmándose que tal decisión *“no se funda en alguno de los legales factores de discriminación: sexo, estado civil, edad, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, afiliación sindical, lengua o disminuciones físicas, psíquicas y sensoriales, porque ni consta probado ni existen indicios de que, entre ambos grupos de trabajadores exista al respecto otro dato diferencial, causante del distinto trato, que la localización en uno u otro centro de trabajo, de los trabajadores con reducción de jornada. La empresa da un trato diferente o desigual a dicho grupo de trabajadores por razón de su empleo en un centro de trabajo, el de Montañana, y no en otro, el de La Cartuja. Este es el motivo del diferente trato, y, como tal, no encierra factor legal de discriminación alguno. ...no existiendo obligación legal para el abono litigioso, ni causa de discriminación en el hecho de su no pago a los trabajadores del centro de la empresa en Montañana, hay que estar a lo que la jurisprudencia concluye en estos casos, respecto a la empresa privada, tal como se dice en la antes citada STS de 10-3-2009, r. 119/08: “los acuerdos privados o las decisiones unilaterales del empresario, no pueden considerarse como vulneradores del principio de igualdad, salvo que la diferencia salarial tenga un significado discriminatorio por incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución o el Estatuto de los Trabajadores”.* Como hemos apuntado, la diferencia de trato sólo existe, según lo probado, por razón del centro de trabajo en el que presta servicios el trabajador, y ello no es factor de discriminación. El motivo puede ser la mayor facilidad de transporte de un centro en relación con el otro (dato no probado aunque sí alegado por la empresa en el acto del juicio), lo cual puede justificar también la diferencia de cuantía del plus de transporte que se contiene en el art. 42 del Convenio”.

58 Referencia 6498/2008.

59 Referencia 6370/2009.

60 Así se afirma que: *“En segundo lugar, estamos ante una jornada no pactada como reducida, sino reducida por acción del ejercicio del derecho previsto en el artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores para el cuidado de hijos menores, lo que, respecto de la conversión de la jornada, tampoco impide la aplicación de la conclusión anteriormente sentada, pues a los efectos que interesan durante la vigencia de la jornada reducida y sin perjuicio de la posterior recuperación de la ordinaria cuando proceda, en efecto la situación de quien ejerce tal derecho pasa a conformarse según los criterios –cuantitativos– del trabajo a tiempo parcial. Por lo que es extensible la solución indicada a este supuesto. Finalmente, y considerando la causa que motiva la reducción de la jornada, y atendido el bien jurídico protegido por la figura en cuestión, no puede dejar de señalarse que brindar un trato retributivo diferenciado basado precisamente en la reducción de la jornada a quienes se acojan al derecho citado incurre tanto en trato discriminatorio basado en el género, atendida la prevalencia estadística, por notoria incuestionable, de la asunción de tales responsabilidades familiares por las trabajadoras de sexo femenino en detrimento del masculino, y, por tanto, incardinable en el artículo 14 de la Constitución española, interpretado asimismo conforme a la doctrina emanada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en interpretación de la Directiva comunitaria 2006/4 y anteriores refundidas en la misma, así como la normativa dirigida a garantizar la conciliación de la vida familiar y laboral, a tenor de los cuales las medidas que perjudiquen directamente tal objetivo y redunden en un perjuicio concreto para las personas trabajadoras que ejercitan tales derechos deben calificarse como discriminatorias”.*

En segundo lugar, los Tribunales se han pronunciado sobre qué ocurre cuando un empresario da por extinguido un contrato temporal o despide a un trabajador o trabajadora que solicita o está disfrutando de una reducción de jornada por cuidado de hijos/as. Sorprende, nuevamente, que esta cuestión se plantee en varias sentencias (13 sentencias), lo que demuestra, a nuestro entender, que la Ley Orgánica 3/2007 tampoco sirve de escudo en este tema para evitar conductas empresariales inadmisibles. La consecuencia de tal conducta, salvo que se pruebe su razonabilidad, es la calificación de la extinción del contrato del trabajo o del despido como nulos, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 55.5.b) del Estatuto de los Trabajadores.

Aquí cabe citar situaciones como las siguientes:

- Trabajadora que es despedida antes de solicitar la reducción de jornada por cuidado de hijos/as pero de forma inmediata tras su reincorporación a la empresa tras el permiso de maternidad⁶¹.
- Trabajadora que venía desempeñando funciones permanentes para una Administración Pública mediante la celebración de sucesivos contratos temporales y tras solicitar la reducción de jornada por cuidado de hijos/as se le comunica la finalización del último contrato de trabajo, si bien, con posterioridad, se contratan nuevos trabajadores para el desempeño de las mismas funciones⁶².
- Trabajador que es despedido tras solicitar una reducción de jornada por cuidado de hijos/as⁶³, o cuando la está disfrutando⁶⁴.
- Trabajadora que es sancionada con despido por una conducta que, en opinión del Tribunal, no tiene la suficiente gravedad. Al estar en situación de reducción de jornada por cuidado de hijos/as, el despido es declarado nulo, conforme a lo previsto en el artículo 55.5.b) del Estatuto de los Trabajadores⁶⁵.

61 STSJ de Cataluña de 22 de enero de 2008, referencia 714/2008.

62 STSJ de la Comunidad Valenciana de 5 de mayo de 2009, referencia 3030/2009.

63 STSJ de Aragón de 18 de mayo de 2009, referencia 604/2009.

64 SSTSJ de Madrid de 9 de julio de 2008, referencia 11812/2008 y de Cataluña de 3 de abril de 2009, referencia 6222/2009.

65 STSJ de Cataluña de 21 de febrero de 2008, referencia 2087/2009.

- Trabajadora con un contrato por obra o servicio determinado que tras la maternidad solicita la reducción de jornada por cuidado de hijos/as, recibiendo después una comunicación de la empresa –Ministerio de Defensa– donde se le extingue el contrato por finalización de obra⁶⁶.
- Trabajadora en situación de reducción de jornada que es incluida dentro de la lista de trabajadores afectados por un expediente de regulación de empleo. El despido no es nulo ya que la empresa demuestra las causas económicas que fundamentan el expediente de regulación de empleo⁶⁷. Así, se afirma que: *“el disfrute por parte de la trabajadora de una reducción de jornada por cuidado de hijo menor al tiempo de producirse el despido objetivo no genera automáticamente su calificación como nulo. Cabe legalmente la posibilidad de que se declare la procedencia de la decisión empresarial tomada, con los efectos y consecuencias jurídicas pertinentes al despido objetivo, con independencia del ejercicio de la trabajadora del indicado derecho de reducción, tal y como expresamente contempla el art.53.4 último párrafo del E.T. Pues bien, si nos atenemos al contenido de la sentencia recurrida en el que se determina dentro del hecho probado tercero la existencia de una considerable disminución del volumen de fabricación de la empresa que se enmarca en el descenso de productos de fontanería y saneamientos con incidencia en el sector de la construcción, apareciendo un estudio pormenorizado en los fundamentos de derecho del desajuste productivo habido que, de otro lado, no aparece cuestionado en el recurso, es claro que la decisión avalada en sentencia sobre la medida de cese acordada por parte empresarial, en relación a la trabajadora, debe merecer íntegra confirmación al quedar perfectamente probadas las causas productivas alegadas en la carta de despido como justificativas del cese decretado”*.
- Trabajadora que agota la duración máxima de la reducción de jornada –hasta los 8 años de edad de su hijo– y la empresa le requiere para que se reincorpore a su jornada normal, la trabajadora se niega y es despedida. El Tribunal considera que estamos ante un despido procedente y no nulo, ya que, de darse motivos para ampliar la duración de la reducción –por la vía de la reducción por cuidado de familiares–, debería haberlo solicitado formalmente a la empresa y justificado, y si la empresa se hubiera negado acudir a los Tribunales, pero no puede aplicarse dicha medida de forma unilateral⁶⁸.
- Trabajadora que solicita una reducción de jornada por cuidado de hijos/as por un año, transcurre ese tiempo y la empresa –antes de que la trabajadora manifieste si

66 STSJ de Andalucía de 15 de septiembre de 2009, referencia 8274/2009.

67 STSJ de la Comunidad Valenciana de 13 de octubre de 2009, referencia 7672/2009.

68 STSJ de Andalucía de 14 de abril de 2009, referencia 2633/2009.

continua o no con la reducción de jornada, estando de baja médica— la despide, reconociendo el despido como improcedente. El Tribunal declara el despido nulo, conforme a lo previsto en el artículo 55.5.b) del Estatuto de los Trabajadores⁶⁹.

- Trabajador en situación de excedencia voluntaria que manifiesta su voluntad de reincorporarse a la empresa y de solicitar una reducción de jornada. La empresa le comunica que no existen plazas vacantes. No se trata de un despido nulo, ya que existían motivos objetivos para denegar la reincorporación no vinculados con el ejercicio de las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar⁷⁰. Así se señala que: “... *tampoco había solicitado uno de los permisos a que se refieren el artículo 4 y 5 del Estatuto de los Trabajadores, ya que la reincorporación no se había producido y lo acreditado a lo sumo es tan sólo la intención o deseo, una vez producida la reincorporación, de acogerse a la reducción de jornada. Pero en cualquier caso se justifican motivos no relacionados con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados, ya que, al margen de argumentos notorios, como la situación actual de la economía, se justifica (ordinal cuarto de los hechos probados) que durante 2008 la demandada ha resuelto, a través de despidos objetivos, la relación laboral de 22 de sus 350 trabajadores, dentro de una política general de reducción de la plantilla y motivada por la difícil situación del sector en el que se enmarca la compañía, lo que demuestra la imposibilidad de reincorporación al carecer la demandada de vacante o puesto de trabajo.*”
- Trabajadora que agota la duración de la reducción de jornada por cuidado de hijos/as pero que continúa con su jornada reducida en virtud de acuerdo con la empresa, y es despedida⁷¹.
- Y empresa que despide a varios trabajadores por causas organizativas —despido objetivo fundamentado en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores—, y dos son trabajadoras en situación de reducción de jornada por cuidado de hijos/as. Al no probar la empresa la causa objetiva que justificaría el despido, éste es considerado nulo respecto de esas trabajadoras e improcedente para el resto, conforme a lo previsto en el artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores⁷².

En tercer lugar, cierto debate ha planteado la cuestión de determinar la forma de cálculo de una indemnización por despido cuando el trabajador o trabajadora se ha encontrado con anterioridad en situación de reducción de jornada.

69 STSJ de Asturias de 6 de noviembre de 2009, referencia 4580/2009.

70 STSJ de Cantabria de 4 de marzo de 2009, referencia 832/2009.

71 STSJ del País Vasco de 29 de enero de 2008, referencia 1022/2008.

72 STSJ de Madrid de 14 de julio de 2008, referencia 12911/2008.

En este tema y con un criterio acertado –concordante con la finalidad perseguida por la Ley Orgánica 3/2007– se declara que ese período de reducción de jornada debe computarse como si el beneficiario se encontrase trabajando a jornada completa, con el objetivo de evitar que acudir a esta medida de conciliación de la vida laboral y familiar comporte un perjuicio. Así, en la STSJ de Madrid de 5 de noviembre de 2008⁷³ se señala que: *“del disfrute de tal derecho no puede seguirse para el trabajador perjuicio alguno, al estar concebido como una mejora social cuyos términos están claramente fijados en la ley, con la única contrapartida para el empresario de no remunerar la parte de jornada que no se trabaja”*.

La razón de fondo es la voluntad de proteger la familia y la infancia, en los términos del artículo 39 de la Constitución, considerándose que el objetivo de esta medida es proteger no sólo el derecho de los/as trabajadores/as a conciliar su vida laboral y familiar sino también el propio interés del menor a recibir la mejor atención posible. Así se afirma que: *“pues bien, una de esas excepciones es, cabalmente, la que concierne a los supuestos de jornada reducida por guarda legal, que tienden a proteger no solo el derecho de los trabajadores a conciliar su vida laboral y familiar para mejor cumplir con los deberes inherentes a la patria potestad que enumera el art. 154.1 del Código Civil, sino también el propio interés del menor a recibir la mejor atención posible. De ahí que esta Sala haya señalado que “en la aplicación de las reducciones de jornada que establece el artículo 37.5 Estatuto de los Trabajadores, ha de partirse de la base de que tal precepto forma parte del desarrollo del mandato constitucional (artículo 39 de la Constitución) que establece la protección a la familia y a la infancia. Finalidad que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa”⁷⁴*.

En este ámbito, podría proponerse la modificación de aquellos artículos del Estatuto de los Trabajadores que se refieren al cálculo de las indemnizaciones por despido (por ejemplo, el artículo 56) con el objetivo de incluir expresamente que dentro de ese cálculo se computará a tiempo completo el tiempo de reducción de jornada, tanto por cuidado de hijos/as como por cuidado de familiares.

En cuarto lugar, cabe destacar una cierta litigiosidad judicial en relación con los efectos que la reducción de jornada tiene desde la perspectiva del acceso a las prestaciones de Seguridad Social, especialmente en materia de incapacidad temporal, incapacidad permanente y jubilación.

73 Referencia 20037/2008.

74 STSJ de Madrid de 5 de noviembre de 2008, referencia 20037/2008. También STSJ de Cataluña de 18 de noviembre de 2009, referencia 13281/2009.

Aquí cabe citar las sentencias siguientes:

- STSJ de Castilla y León de 22 de octubre de 2008⁷⁵, donde el debate se centra en la fórmula de cálculo de la base reguladora de la prestación de incapacidad temporal de una trabajadora que se encuentra en situación de reducción de jornada. El Tribunal considera, con un criterio acertado, que debe tenerse en cuenta la base de cotización del mes anterior al inicio de la situación, no la correspondiente al mes de inicio de la baja médica –cuando la trabajadora se encontraba ya en situación de reducción de jornada–. También se reconoce el carácter feminizado de esta medida de conciliación, así como la necesidad de evitar, por tal motivo, discriminaciones indirectas. Así, se afirma que: *“la reducción de jornada por cuidado de hijo a cargo, es una institución que afecta predominantemente al sexo femenino, lo que obliga, a la luz de la doctrina preponderante, a examinar con mayor cautela el impacto de la regla sobre el cómputo de los periodos de carencia y de bases de cotización, y la cuantía de éstas o la fecha a partir de la cuál ha de partirse para su fijación, cuanto que acreditada estadísticamente la realidad sociológica indicada, esto es, que la medida afecta a una proporción mayor de mujeres que de varones, para descartar la existencia de una discriminación indirecta prohibida en el artículo 14 de la CE, habría que constatar que esa medida se explica por razones justificadamente objetivas de política social sin carácter discriminatorio”*.
- STSJ de Cataluña de 4 de junio de 2008⁷⁶, cuyo supuesto de hecho se centra en una trabajadora que, tras una situación de reducción de jornada por cuidado de hijos/as, solicita una pensión de incapacidad permanente, discutiéndose la forma de cálculo de la correspondiente base reguladora, es decir, si ésta debe contemplar el tiempo de reducción de jornada como cotizado o no a tiempo completo. El Tribunal considera que debe computarse como jornada reducida aunque ello suponga un perjuicio en el cálculo de la prestación, desincentivando la conciliación de la vida laboral y familiar. Considera que ese perjuicio debe ser resuelto por el legislador y no por los Tribunales. Afirma, por otra parte, que en esta cuestión la LO 3/2007 no ha incorporado modificaciones, desconociendo la mejora incorporada por el artículo 180.1 de la Ley General de la Seguridad Social. Así se manifiesta que: *“el recurso expone una serie de consideraciones en orden a la interpretación de las normas según la realidad del tiempo en que han de ser aplicadas y el proyecto de ley existente en la pasada legislatura sobre la igualdad efectiva de mujeres y hombres, pero al margen de que como ya se ha dicho más arriba la citada Ley no introduce variación alguna respecto del concreto supuesto que se estudia, no es menos que corresponde al legislador y no a los órganos judiciales adoptar las medidas pertinentes para conseguir una efectiva protección de los objetivos de la conciliación del trabajo y la vida familiar, sin que pueda el órgano*

75 Referencia 3412/2008.

76 Referencia 6672/2008.

judicial interpretar y aplicar las normas en contra de lo dispuesto en la legislación vigente y querido efectivamente por el legislador.[...]”

- STSJ de Madrid de 21 de septiembre de 2009⁷⁷, que trata sobre la situación de una trabajadora que tras disfrutar y agotar una reducción de jornada por cuidado de hijos/as continúa con su jornada de trabajo reducida pero por la vía del contrato a tiempo parcial, solicitando, finalmente, una prestación por desempleo. El Tribunal considera inaplicable lo dispuesto en el artículo 211 de la Ley General de la Seguridad Social –modificado por la LO 3/2007– ya que si bien dicho precepto se aplica en los casos de reducción de jornada –computando ese período como cotizado a tiempo completo– no se puede aplicar en los supuestos de contrato a tiempo parcial (aunque en el fondo del mismo se encuentre la misma finalidad de conciliar la vida laboral y familiar). Cabría plantearse una reformulación y mejora de la protección social de los contratos a tiempo parcial, dado que en muchos casos quien recurre a esta modalidad contractual son mujeres, y en bastantes supuestos, para poder conciliar la vida laboral y familiar.

En este ámbito cabe destacar que si bien, como vimos, la Ley Orgánica 3/2007 introdujo una mejora en el tratamiento de Seguridad Social de las situaciones de reducción de jornada (la consideración como cotizados a la Seguridad Social, respecto de determinadas prestaciones, de los dos primeros años de reducción de jornada por cuidado de hijos/as y del primer año de reducción de jornada por cuidado de familiares) en esta cuestión cabría recomendar una reforma legal que ampliase esa cobertura, no sólo a todas las prestaciones de Seguridad Social sino también a todo el tiempo de duración de la correspondiente reducción de jornada. De no ser así, y tal y como ocurre en la actualidad, se está desincentivando, desde la perspectiva de Seguridad Social, el recurso a este tipo de medida de conciliación de la vida laboral y familiar. En definitiva, en esta cuestión, deberíamos avanzar más allá, pero en la misma línea iniciada por la Ley Orgánica 3/2007.

Finalmente, en algunas sentencias se resuelven cuestiones de carácter procesal, alcanzando las siguientes conclusiones:

- Si lo que se discute es el derecho en sí, debe recurrirse al proceso ordinario⁷⁸.
- Si se discute la distribución horaria, es decir, el horario concreto de la reducción de jornada, la vía es el procedimiento especial⁷⁹ previsto en el artículo 138 bis de la Ley

77 Referencia 14324/2009.

78 STSJ de Castilla y León de 24 de octubre de 2008, referencia 3995/2008.

79 STSJ de Castilla y León de 24 de octubre de 2008, referencia 3995/2008.

de Procedimiento Laboral⁸⁰. Actualmente, conforme a dicho precepto, si la empresa no acepta la concreción de horas y días de disfrute de la reducción de jornada el trabajador se ve obligado a demandarla ante el Juzgado de lo Social, cuya sentencia no es recurrible. A nuestro entender, este mecanismo desincentiva el recurso a esta medida de conciliación o lo entorpece, ya que no siempre un trabajador estará dispuesto –o se atreverá– a demandar a su empresa. Debería reformarse este procedimiento haciendo que sea la empresa la que tenga que acudir a los Tribunales si no está de acuerdo con la propuesta del trabajador.

- Se admite la compatibilidad entre la indemnización por extinción del contrato del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores (45 días de salario por año de servicio) y la indemnización por daños y perjuicios vinculada a la vulneración de un derecho fundamental⁸¹. En este sentido, en la STSJ de Navarra de 20 de noviembre de 2008⁸² se afirma que: “... en el fondo de tal postura está la consideración de que en situaciones como la presente, en que se invoca la vulneración de un derecho fundamental como causa extintiva del contrato de trabajo, el daño a resarcir no es uno sólo, sino que son dos: a) de un lado la pérdida del empleo, que ha de atribuirse al incumplimiento empresarial legitimador de la acción rescisoria y que tiene una indemnización legalmente tasada, la prevista en el Art. 50 ET; y b) de otro, el daño moral que ha de producir –en términos generales– esa conculcación del derecho fundamental y que forzosamente ha de imputarse al infractor, a quien –además– le es exigible por tal consecuencia la indemnización prevista en el Art. 1101 CC.”

Por último, desde una perspectiva cuantitativa, cabe destacar que las personas que reclaman judicialmente en materia de reducción de jornada por cuidado de hijos/as son mayoritariamente mujeres (41 mujeres frente a 3 hombres), y que trabajan mayoritariamente también en el sector privado (41 reclamaciones frente a 3 del sector público).

80 “El procedimiento para la concreción horaria y la determinación del período de disfrute en los permisos de lactancia y por reducción de jornada por motivos familiares se regirán por las siguientes reglas: a) El trabajador dispondrá de un plazo de veinte días, a partir de que el empresario le comunique su disconformidad con la concreción horaria y el período de disfrute propuesto por aquél, para presentar demanda ante el Juzgado de lo Social. b) El procedimiento será urgente y se le dará tramitación preferente. El acto de la vista habrá de señalarse dentro de los cinco días siguientes al de la admisión de la demanda. La sentencia, que será firme, deberá ser dictada en el plazo de tres días”.

81 SSTSJ de Navarra de 9 de septiembre de 2008, referencia 679/2008 y 20 de noviembre de 2008, referencia 778/2008.

82 Referencia 778/2008.

3) Excedencia por cuidado de hijos/as y por cuidado de familiares

a. Novedades que implica la Ley Orgánica 3/2007 respecto de la legislación anterior.

A diferencia de otros ámbitos, en el caso de las excedencias por cuidado de hijos/as o de familiares –reguladas en el artículo 46.3 del Estatuto de los Trabajadores– las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 3/2007 se centraron en aspectos concretos, que son los siguientes:

- Se incluyó la referencia a que también se tendrá derecho a la excedencia en el caso del acogimiento de menores con carácter provisional. Excedencia por cuidado de hijos/as que no puede tener una duración superior a 3 años para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza, como por adopción o en los supuestos de acogimiento, tanto permanente⁸³ como preadoptivo, aunque sean provisionales⁸³, a contar desde la fecha del nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa.
- Se amplió la duración de la excedencia por cuidado de familiares a dos años, salvo que se establezca una duración superior a través de la negociación colectiva. Excedencia por cuidado de familiares dirigida a atender al cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe una actividad retribuida.
- Se reconoce expresamente que la excedencia puede disfrutarse de una forma fraccionada.

Cabe destacar también que se modificó lo dispuesto en el artículo 180.1 y 2 de la Ley General de la Seguridad Social, considerando como cotizados a la Seguridad Social, a los efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad, los dos primeros años del período de excedencia por cuidado de hijos/as. El período de cotización efectiva tiene una duración de 30 meses si la unidad familiar de la que forma parte el menor tiene la consideración de familia numerosa de categoría general, o de 36 meses, si tiene la de categoría especial. Asimismo, se considera cotizado, en los mismos términos anteriores, el primer año del período de excedencia por cuidado de otros familiares, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que, por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad, no puedan valerse por sí mismos, y no desempeñen una actividad retribuida.

⁸³ Conforme a la disposición adicional 5ª de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral, “se considerarán jurídicamente equiparables a la adopción y acogimiento preadoptivo o permanente aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y acogimiento preadoptivo o permanente, cualquiera que sea su denominación”.

Cabe recordar, por otra parte, que la excedencia es una causa de suspensión y no de extinción del contrato de trabajo, y que, según lo previsto en el propio artículo 46.3 del Estatuto de los Trabajadores, el período en que el trabajador o trabajadora permanezca en situación de excedencia es computable a los efectos de antigüedad y se tendrá derecho a la asistencia a cursos de formación profesional, especialmente con ocasión de la reincorporación a la empresa. Durante el primer año de excedencia se tiene derecho a la reserva de su puesto de trabajo, y transcurrido dicho plazo, la reserva queda referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente⁸⁴.

Finalmente, cabe tener presente, que la excedencia por cuidado de hijos/as o de familiares constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. No obstante, si dos o más trabajadores/as de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, la empresa puede limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa.

b. La posición de los Tribunales, sentencias relevantes y recomendaciones

El resultado final de sentencias obtenidas para la investigación objeto del proyecto y de las que se han elaborado las fichas correspondientes es de 39 sentencias sobre “*excedencia por cuidado de hijos/as*” y de 2 sentencias sobre “*excedencia por cuidado de familiares*”. Las sentencias escogidas para la realización de fichas han sido aquellas sentencias que examinaban de forma motivada el derecho de “*excedencia*”, de manera que se podía extraer de su estudio referencias importantes en cuanto a la interpretación y aplicación de la legislación que protege actualmente ese derecho.

Lógicamente, en este ámbito es necesario diferenciar entre la excedencia por cuidado de familiares y la excedencia por cuidado de hijos/as.

b.1. La excedencia por cuidado de familiares

Como ya hemos adelantado, en este ámbito sólo cabe citar dos sentencias, escaso número que ya de por sí constituye un hecho relevante: no se reclama ante los Tribunales probablemente, a nuestro entender, porque la excedencia por cuidado de familiares –al igual que la reducción de jornada por el mismo motivo– se solicita con mucha menos

84 No obstante, cuando el trabajador forme parte de una familia que tenga reconocida oficialmente la condición de familia numerosa, la reserva de su puesto de trabajo se extenderá hasta un máximo de 15 meses cuando se trate de una familia numerosa de categoría general, y hasta un máximo de 18 meses si se trata de categoría especial.

frecuencia que la excedencia por cuidado de hijos/as y en ello influye también una determinada visión de la sociedad, en la que resulta entendible que un trabajador o trabajadora solicite una excedencia por cuidado de hijos/as para cuidar de ellos pero no está tan asumido que solicitemos una excedencia para cuidar de otros familiares, principalmente personas discapacitadas o ancianas. Visión que resulta aún más sorprendente cuando las características de nuestra sociedad, cada vez más envejecida, hacen que cada vez cobre más importancia la excedencia por cuidado de familiares.

Y también resulta sorprendente el tratamiento que, de esta cuestión, hace la propia Ley Orgánica 3/2007, por cuanto si bien, como hemos visto, mejoró la duración de la excedencia por cuidado de familiares –pasando de un año a dos años–, sigue otorgando un trato más favorable a la excedencia por cuidado de hijos/as, por cuanto mientras que ésta, como vimos, tiene una duración máxima de 3 años, la excedencia por cuidado de familiares posee una duración máxima de 2 años. Y en la misma línea, desde la perspectiva de Seguridad Social, el artículo 180 de la Ley General de la Seguridad Social otorga, como hemos visto, una protección más elevada a la excedencia por cuidado de hijos/as, a los efectos de computar el tiempo considerado como cotizado para acceder a determinadas prestaciones de la Seguridad Social.

A nuestro entender, esa diferencia de trato no resulta acertada, ni desde la perspectiva laboral ni de Seguridad Social, y, en consecuencia, cabe recomendar una reforma, tanto del artículo 46.3 del Estatuto de los Trabajadores como del artículo 180 de la Ley General de la Seguridad Social, que las equipare a todos los efectos. Por tanto, es necesario avanzar más allá de lo previsto por la Ley Orgánica 3/2007.

Respecto de las dos sentencias analizadas en este ámbito, una de ellas –sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2008⁸⁵– tiene escaso interés sustantivo ya que se centra exclusivamente en la calificación del grado de discapacidad del beneficiario de la excedencia, limitándose a citar el derecho de excedencia previsto por el Estatuto de los Trabajadores y la Ley 51/2003, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

Mayor interés tiene la segunda sentencia –STSJ de Madrid de 19 de octubre de 2009⁸⁶–, donde si bien no se analiza el contenido de la excedencia por cuidado de familiares, se plantea la cuestión de determinar qué tipo de acción debe utilizar un trabajador que se encuentra en esa situación, comunica su reincorporación a la empresa y ésta no le contesta. El demandante utilizó la vía del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores –extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador ante un incumplimiento empresarial (en este caso, no reincorporar y dar ocupación efectiva al trabajador), que da lugar, si

85 Referencia 820/2008.

86 Referencia 12583/2009.

es admitida, a una indemnización de 45 días de salario por año de servicio– en lugar de optar por la vía de la demanda por despido.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid deniega la petición del trabajador al considerar que debería haber utilizado la vía de la reclamación por despido, aplicando la doctrina de unificación de doctrina del Tribunal Supremo referida a las excedencias voluntarias. Así, se afirma que: “... ninguno de ambos motivos puede merecer acogida. Es cierto, conforme previene el art. 46.3 del E.T., que el trabajador en excedencia para atender al cuidado de un familiar, que era la disfrutada por el actor con una duración no superior a un año – hecho 2º –, tiene derecho a la reserva de su puesto de trabajo. Pero si este derecho es desconocido por la empresa al no haber procedido a la reincorporación del trabajador una vez concluida la excedencia, lo que con dicho comportamiento se ha producido, de facto, es un despido, frente al que solo cabe reaccionar mediante la formulación de la correspondiente demanda por despido..”

Respecto de esta sentencia sorprende, no obstante, una cuestión: ni el trabajador ni el propio Tribunal Superior de Justicia de Madrid hacen referencia a lo dispuesto en el art. 55.5.b) del Estatuto de los Trabajadores, donde se afirma que es nulo el despido de los trabajadores que “*hayan solicitado o estén disfrutando de la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46*”, y cuyo efecto es precisamente la nulidad de la decisión empresarial y la reincorporación obligatoria del trabajador a la empresa. En cambio, el Tribunal Superior de Justicia aplica la doctrina jurisprudencial sobre excedencias voluntarias, cuando precisamente la excedencia por cuidado de hijos/as o familiares tiene, como hemos visto, una protección reforzada.

Finalmente, cabe destacar que en las dos sentencias analizadas los reclamantes son hombres.

b.2. La excedencia por cuidado de hijos/as

Una mayor problemática judicial se plantea en el marco de la excedencia por cuidado de hijos/as o menores acogidos, pudiéndose identificar cuatro puntos esenciales de conflicto:

1. Sentencias que examinan qué ocurre cuando el trabajador o trabajadora ve modificadas sus condiciones de trabajo al reincorporarse a la empresa tras una excedencia por cuidado de hijos/as.
2. Sentencias que analizan si es posible, mientras se está en situación de excedencia, prestar servicios en otra empresa.
3. Sentencias que examinan el concepto de “*antigüedad*” aplicable a efectos indemnizatorios en el caso de extinción del contrato de trabajo, en un contexto en el que ha existido una excedencia por cuidado de hijos/as.

4. Sentencias que analizan las consecuencias que surgen cuando solicitada la readmisión a la empresa tras una excedencia, se deniega tal posibilidad.

Veamos cada uno de esos puntos de conflicto.

En primer lugar, cabe destacar que algunas decisiones judiciales se centran en la cuestión de qué ocurre cuando el trabajador o trabajadora, al reincorporarse a la empresa tras disfrutar de una excedencia por cuidado de hijos/as, ve modificadas sus condiciones de trabajo, como, por ejemplo, el horario de trabajo.

Esta situación se plantea en la STSJ de la Comunidad Valenciana de 18 de marzo de 2009⁸⁷, que resuelve el caso de una trabajadora que, tras agotar una excedencia de 2 años, se reincorpora a su puesto de trabajo pero no se le mantiene el mismo horario que tenía antes de la excedencia. El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana avala la decisión empresarial, al declarar que en el supuesto de reincorporación de una excedencia por cuidado de hijos/as durante el segundo y tercer año, el artículo 46.3 del Estatuto de los Trabajadores exige que esa reincorporación se produzca en un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente pero no en las mismas condiciones laborales –por ejemplo, en cuestiones de horarios o centro de trabajo–. Así se afirma que: *“de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 46.3 del Estatuto de los Trabajadores durante el primer año la demandante tenía derecho a reserva de su puesto de trabajo, pero transcurrido dicho plazo, la reserva quedará referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente, y siendo así que la empresa ha reincorporado a la trabajadora a un puesto de trabajo de igual categoría al anterior, se ha cumplido con lo establecido en la citada norma ya que el precepto no establece que la reserva sea en las mismas condiciones que tenía en el puesto de trabajo que desempeñaba al tiempo de la excedencia, sin olvidar que tampoco las circunstancias particulares del actual puesto de trabajo aparecen como sustancialmente diferentes a las anteriores, ya que el trabajo es el mismo y el horario bastante similar, con matices irrelevantes y en el centro de trabajo donde existía el puesto, que no tenía por qué coincidir necesariamente con el centro precedente, sino que surge de las disponibilidades que la empresa tenga en cada momento, no estableciendo la norma que deba ser en el mismo centro ocupacional anterior”*. Y ello a pesar de que la trabajadora demandante alegaba que el cambio de horario de trabajo le impedía cuidar de su hija.

A nuestro entender, este criterio judicial resulta discutible, por lo que debería recomendarse la reforma del artículo 46.3 del Estatuto de los Trabajadores para garantizar, en caso de reincorporación al trabajo durante el segundo y tercer año de excedencia por cuidado de hijos/as, no sólo un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente sino también, salvo causa empresarial muy justificada, el mantenimiento de

87 Referencia 1583/2009.

las mismas condiciones laborales existentes con anterioridad a la excedencia (centro de trabajo, horario de trabajo..).

En este ámbito también cabe citar, aunque presenta ciertos matices, la STSJ de Baleares de 2 de junio de 2009⁸⁸, que trata sobre la reclamación de una trabajadora que, tras una excedencia, se le niega, sin justificar, un traslado de puesto de trabajo de Barcelona a Palma de Mallorca y se le pretende, además, rebajar la categoría profesional.

El Tribunal Superior de Justicia de Baleares da la razón a la trabajadora dado que la empresa no justifica suficientemente que no ha existido un trato discriminatorio. Esta sentencia, además, trata tres cuestiones interesantes:

1. Se considera discriminatoria la decisión empresarial de no trasladar de lugar de trabajo a una trabajadora en situación de excedencia por cuidado de hijos/as, dándole un trato menos favorable que al resto de sus compañeros.

2. Se concluye que, en caso de movilidad geográfica, el artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores no prevé la posibilidad de que el trabajador o trabajadora oponga su derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar, debiendo, por tanto, conforme al régimen general de dicho precepto, primero cumplir y luego reclamar judicialmente. En este sentido se afirma: *“No se admite la alegación de que la solicitud de una segunda excedencia se debió a la decisión empresarial discriminatoria, sino que se considera perfectamente válida, dado que la conciliación de la vida laboral y familiar no se ve protegida específicamente en el marco del art. 40 del ET. En primer término, la decisión empresarial de traslado no admite que los trabajadores puedan oponerle su derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar, el único derecho que se contempla al respecto en el art. 40 ET es el del cónyuge a ser trasladado a la misma localidad donde el otro haya sido trasladado cuando trabajan en la misma empresa, si bien condicionado a la existencia de puesto. En segundo término, el art. 40 ET contempla para los casos de traslado dos soluciones para los supuestos de desacuerdo. Una es la posibilidad de extinguir el contrato y la otra es la posibilidad de impugnar la medida empresarial sin perjuicio de la ejecutividad de la misma. En tercer término y relacionado con lo anterior, el sector laboral del ordenamiento jurídico contempla en muy contadas ocasiones la posibilidad del trabajador de cesar en la prestación ante incumplimientos del empresario. Ha de tratarse de casos en los que peligre su dignidad, integridad física o formación o, en todo caso, supuestos excepcionales que generen una situación insoportable (véanse, por todas, las SSTs de 18 de septiembre de 1989; de 18 de julio de 1990; de 23 de abril de 1996; 6 de julio de 1998 y 8 de noviembre de 2000). En consecuencia, la trabajadora se ha servido de un derecho, el de la excedencia por cuidado de hijo, para evitar un perjuicio; ha dejado de trabajar para impedir que la reincorporación a Barcelona perjudicase el cuidado de su hijo. Con otras*

88 Referencia 579/2009.

palabras, la trabajadora con la solicitud de la segunda excedencia ha evitado, precisamente, el perjuicio que le habría causado la reincorporación. Y esta decisión se ha adoptado libremente, pues el Derecho del Trabajo arbitra una vía concreta ya comentada, que se acoge al principio “solve et repete”, para reclamar contra decisiones empresariales. En consecuencia la segunda excedencia solicitada es un acto jurídico válido”. A nuestro entender, cabría plantearse la modificación de lo dispuesto en el artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores, a los efectos de que en los procesos de movilidad geográfica se protejan, de forma especial, los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar, permitiendo que, de darse esa situación, el trabajador o trabajadora pueda oponer su derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar.

Y, 3. Aunque no se materializa finalmente, la empresa pretende degradar de categoría profesional a la trabajadora –perdería la categoría de sobrecargo–, afirmando la sentencia que debe recordarse a la empresa que la maternidad no puede conllevar la pérdida de un cargo de confianza según la STC 182/2005, pues la tutela del trabajador frente a la discriminación se produce también frente a los actos discrecionales del empresario (SSTC 94/1984, 166/1988, 266/1993 y 90/1997).

Y, en fin, en este ámbito también cabe situar la STSJ de Madrid de 6 de julio de 2009⁸⁹, donde una trabajadora reclama que, tras la incorporación a la empresa desde una situación de excedencia, sus condiciones laborales y funciones se han visto alteradas; reclamación que es desestimada por el Tribunal, afirmando que: “... *partiendo de tales circunstancias, no se aprecia que la empresa haya incurrido en prácticas discriminatorias posteriores que tengan lugar pese al inicial reconocimiento y ejercicio del derecho de excedencia y reducción de jornada, pues no se le ha causado un perjuicio efectivo y constatable que consista en un trato peyorativo en sus condiciones de trabajo o en una limitación o quebranto de sus derechos o legítimas expectativas económicas o profesionales en la relación laboral, ni tampoco ha habido una actuación empresarial que represente una reacción o represalia empresarial frente al disfrute previo por la mujer trabajadora de un derecho asociado a su maternidad*”⁹⁰.

En segundo lugar, respecto a si es posible que una persona trabajadora en situación de excedencia por cuidado de hijos/as preste servicios, durante el período de excedencia, en otra empresa, los Tribunales mantienen una posición mayoritaria pero no uniforme, contraria a permitir dicha posibilidad.

89 Referencia 3959/09.

90 En este ámbito vid. también la STSJ de Madrid de 3 de febrero de 2009 (referencia 2381/2009), ya que se trata de una interesante sentencia donde se recoge un supuesto en que el ejercicio por parte de una trabajadora de una excedencia por cuidado de hijos le comporta perjuicios desde la perspectiva de las condiciones de trabajo y la promoción profesional, considerando el Tribunal que la empresa ha incurrido en una discriminación por razón de maternidad (con una argumentación jurídica muy completa y exhaustiva). También, STSJ de Canarias de 20 de abril de 2008, referencia 1998/2009.

De este modo, se considera incompatible trabajar en otra empresa durante una situación de excedencia por cuidado de hijos/as, considerándolo un fraude, al desconocerse la finalidad que cabe atribuir a la propia excedencia, que es precisamente permitir el cuidado del hijo. En este sentido, en la STSJ de Andalucía de 1 de julio de 2009⁹¹ se afirma, con claridad, que: “... lo que justifica el derecho del trabajador a la excedencia y la paralela obligación del empresario de soportarla, es la necesidad de otorgar cuidados a los hijos menores de tres años, por lo que entendemos que no es aceptable la realización de una nueva prestación de trabajo durante este período, pues se descuidaría al hijo recién nacido, perdiéndose el objeto o finalidad de la excedencia. No tendría mucho sentido cesar en la prestación de trabajo para cuidar a los hijos y a continuación comenzar una prestación de trabajo diferente. De otro lado, admitir la posibilidad de una nueva prestación de trabajo supondría desequilibrar la posición del empresario que ha de soportar la suspensión de la relación”.

En la misma línea se sitúa la STSJ de Andalucía de 16 de septiembre de 2008⁹², concluyendo que una conducta de este estilo es un fraude, transgrede la buena fe que debe regir las relaciones laborales y es causa de despido disciplinario procedente (artículo 54.2 del Estatuto de los Trabajadores), dado que se incumple la finalidad atribuida a la excedencia, que es el cuidado del menor y el mantenimiento de la mujer trabajadora en el mercado de trabajo. Así, se manifiesta que: “... es evidente la existencia de una conducta transgresora de la buena fe contractual en la actuación de la demandada, que haciendo uso de los derechos que le confiere la legislación protectora de la vida familiar y del cuidado del menor utilizó estos derechos para prestar servicios para otra empresa, incluso a jornada completa, constituyendo su conducta un evidente fraude de Ley, ya que tanto el artículo 37 en sus apartados 4º, 5º y 6º del Estatuto de los Trabajadores que regulan el permiso de lactancia y la reducción de jornada por cuidado del menor, como el artículo 46.3º del mismo texto legal que prevé la excedencia por la misma causa, contemplan un supuesto de conservación de derechos a una mayor jornada, a la reserva del puesto de trabajo, o al cómputo de antigüedad durante la situación de excedencia, en atención a la finalidad de los permisos que se le conceden que es el cuidado del menor y el mantenimiento de la mujer trabajadora en el mercado laboral, derechos que no se reconocen en otras situaciones en las que la reducción de jornada o la excedencia se fundan exclusivamente en el interés de la trabajadora. Si la demandante, tenía intención de compatibilizar dos trabajos, debería haber pactado con la empresa una reducción de jornada y la conversión temporal de su contrato en un contrato a tiempo parcial, pero no utilizar los derechos que la ley le reconoce para una finalidad distinta para la que fueron concebidos, como es incrementar la jornada de la madre, compatibilizando una jornada a tiempo completo con una jornada a tiempo parcial, para incrementar su salario, que si bien puede ser beneficioso para atender las necesidades materiales del menor, es evidente que no fomentan el vínculo materno-filial para el que están prevista la excedencia y la reducción de jornada de la que disfrutaba la actora”.

91 Referencia 7956/2009.

92 Referencia 13411/2008.

Y, en fin, también defiende la incompatibilidad entre excedencia por cuidado de hijos/as y nuevo trabajo la SSTSJ del País Vasco de 26 de febrero de 2008⁹³; así se señala que: *“... Lo que merece ser calificado como tal es el empleo totalmente desviado que el trabajador hizo de su derecho a la excedencia para el cuidado de hijo. En lugar de usar la excedencia para su fin, aprovechó para comenzar a trabajar a tiempo parcial en otra empresa que, además, era competencia de la ahora demandada. Si lo que pretendía el trabajador era trabajar para otra empresa que le ofrecía un horario adecuado para coordinarse con su esposa en el cuidado del hijo menor, debió pedir la modificación del horario o la reducción de la jornada para el cuidado del hijo, o la excedencia voluntaria en último caso. Nada de eso hizo. Optó por el mecanismo que le era más beneficioso: conservación del puesto; cómputo de la antigüedad; asistencia a cursos de formación; calificación de nulidad del posible despido; y demás ventajas derivadas del art. 46.3 del Estatuto de los Trabajadores. Y además optó por esta clase de excedencia sin previo aviso a la empresa y sin pausa alguna empezó a trabajar para la otra empresa, lo que evidencia que su conducta respondía a una estrategia premeditada. Es decir, se acogió a un régimen ventajoso de excedencia a sabiendas de que, en lugar de dedicarla a su fin legal que era el cuidado del hijo menor, la iba a emplear en ponerse a trabajar para otra empresa y, además, de la competencia. Todo ello no merece sino la calificación de procedencia del despido...”*

No obstante, como apuntábamos, esta posición judicial es mayoritaria no única, ya que existen sentencias que se decantan por la compatibilidad entre la excedencia por cuidado de hijos/as y un nuevo trabajo siempre que este nuevo trabajo facilite mejor que el anterior la conciliación de la vida laboral y familiar – al exigir menos desplazamientos o desplazamientos más fáciles o rápidos, mejores condiciones salariales o de horario...– elemento que habrá que valorar caso por caso. También se defiende la necesidad de respetar la libertad personal de las personas –especialmente de las mujeres– a la hora de decidir qué hacer en la situación de excedencia por cuidado de hijos/as.

Esta posición se defiende en la STSJ de Madrid de 14 de abril de 2009⁹⁴, donde se afirma que: *“... la libertad del trabajador, normalmente la mujer, que decide solicitar la excedencia para cuidado de hijo, está fuera de toda duda, gozando del derecho a trabajar en otro empleo. Si se entendiera que la prohibición es absoluta, se privaría al trabajador/a de la posibilidad de obtener ingresos los cuales, obviamente, también contribuyen al cuidado del menor y a subvenir sus necesidades. De la misma forma, de aceptarse una prohibición total, se primaría sólo a los trabajadores más acomodados y a aquellos que, incluso sin trabajar, pueden acudir a una atención delegada bien contratada, bien por otro familiar, aunque formalmente y de cara a la empresa, aparezca como una atención directa. No es posible, por ello, quedarse en la mera apariencia de la atención directa del menor. Tampoco en nuestra opinión es posible,*

93 Referencia 447/2008.

94 Referencia 1832/2009.

o mejor dicho, no debemos ni legal ni judicialmente decidir cómo la mujer trabajadora (en la inmensa mayoría de los casos) debe atender al hijo, decidiendo por ella en qué momentos del día y cómo debe cuidar a su hijo o estar disponible para él, o si debe acudir a la figura de la reducción de jornada o de la excedencia, pues tal proceso nos lleva a afirmar, tal y como ya se ha hecho por el Tribunal, que durante la excedencia que examinamos la mujer (porque así lo revela la estadística) debe destinarse de forma exclusiva a la atención íntegra, total y directa del menor... Esta afirmación encierra una especie de disciplina social en virtud de la cual se controla el comportamiento de la persona, lo cual es especialmente grave cuando el control incide, de hecho, en el colectivo femenino, al que se marca unas pautas determinadas de comportamiento (atención íntegra, total y directa del hijo o del familiar) y al que se canaliza en una dirección determinada, viéndose privado de otras alternativas posibles, de tal forma que si no sigue aquéllas pautas, será sancionado. Por ello, con esta nueva perspectiva, estimamos que la finalidad de la Ley, como destaca el TS en el auto citado por el recurrente es, sencillamente, la de facilitar a los trabajadores el cuidado de los hijos menores o en su caso, de otros familiares. En consecuencia, si durante la excedencia se trabaja para otra empresa, no hay por qué entender que lo que desde el principio se pretendía era probar suerte en otro empleo aprovechando las ventajas que la cobertura de estas excedencias otorgan a la mujer trabajadora (página 8 final, del recurso). En primer lugar, porque hay que presumir que los derechos se ejercitan de buena fe. En segundo lugar, porque hay que examinar si las nuevas condiciones de trabajo facilitan en cierta medida el cuidado del hijo. Si no consta ninguna facilidad añadida en relación con el otro empleo, objetivamente acreditada, como un menor o más adecuado horario, menor distancia, prestación flexible etc., obvio es que hay que dar la razón a la empresa que otorga la excedencia, pues la misma asume importantes obligaciones y su interés es igualmente digno de protección. Ahora bien, si se aprecia que el nuevo trabajo, desde un punto de vista razonable y objetivo, facilita de alguna forma el cuidado del hijo no cabe, en nuestra opinión, apreciar incumplimiento alguno por parte del trabajador. En efecto, a veces una pequeña mejora en las condiciones de trabajo puede implicar un cambio sustantivo para la conciliación vida-trabajo. Pues bien, desde este nuevo planteamiento debemos abordar el caso concreto examinado, destacándose en el mismo varios extremos relevantes: 1) la recurrente se trasladó en el mes de marzo de la Plaza de Cuzco en el centro de Madrid a Alcobendas; 2) un mes después la trabajadora solicita la excedencia comenzando a trabajar para otra empresa cinco días después, cuyo centro de trabajo se ubica en una calle céntrica de Madrid; 3) la trabajadora reside en un pueblo de la provincia de Toledo. Obviamente, la sede de la nueva empresa facilita el desplazamiento desde Toledo, mientras que el traslado efectuado por la recurrente lo dificulta. La conciliación de la vida familiar y laboral se ve naturalmente facilitada cuando el tiempo invertido en el desplazamiento desde el hogar es menor y más sencillo. Por otro lado, es verdad que la jornada era a tiempo completo para ambas empresas, debiendo acudir en cuanto a sus circunstancias concretas a los contratos de trabajo, que se dan por buenos por las partes, pues los reconocen y los aportan siendo aceptados en los hechos probados, resultando así igualmente obvio que el tiempo de trabajo pactado en la segunda empresa (39 horas semanales de lunes a viernes, folio 163), sin más precisiones,

parece notablemente más llevadero con la vida familiar que el contenido de la cláusula 3 del contrato de trabajo suscrito con la recurrente (folio 121), en la que se establece que en cuanto a la jornada, horarios, fiestas, permisos y vacaciones, se tendrá siempre en cuenta las necesidades de la compañía, de modo que se garantice la disponibilidad del empleado para prestar sus servicios, los cuales se desarrollarán en Madrid, pero pudiendo la Compañía pedir que efectúe desplazamientos de corta o larga duración, en España o el extranjero, lo cual es aceptado por el empleado como parte integrante de sus funciones (cláusula cuarta). Como decimos, parece evidente que el segundo contrato facilita el cuidado del hijo menor, en su relación con el contrato precedente. Si a lo expuesto añadimos que el segundo vínculo solo duró unos meses (cuatro meses y medio), pues fue abandonado por la trabajadora voluntariamente y que durante los siete meses restantes la actora no trabajó, con lo que estuvo dedicada “de forma directa” al cuidado del hijo, pues así libremente lo decidió, no encontramos razón alguna para denegarle el derecho a la reserva del puesto ni para afirmar que incumplió deber alguno legalmente impuesto, al aceptar un empleo que, objetivamente, facilitaba en ciertos aspectos la conciliación de su deseo legítimo de trabajar y atender a su familia, sin ser excluida del mercado laboral y de la posibilidad de obtener unos ingresos que, como hemos dicho, también contribuyen al cuidado que se trata de preservar”⁹⁵.

A nuestro entender y en torno a esta cuestión, cabe afirmar que resultaría conveniente aclarar, mediante una reforma del artículo 46.3 del Estatuto de los Trabajadores, si resulta compatible la situación de excedencia por cuidado de hijos/as o de familiares (la problemática de fondo es común) y el trabajo en otra empresa o por cuenta propia.

En tercer lugar, se ha planteado judicialmente cómo debe calcularse la indemnización por despido cuando, dentro del período de tiempo a computar, se ha producido una situación de excedencia por cuidado de hijos/as. Esta cuestión se resuelve, en un sentido muy favorable, por la STSJ de Madrid de 10 de febrero de 2009⁹⁶, donde se afirma, con claridad, que el tiempo de excedencia por cuidado de hijos/as resulta computable a efectos de antigüedad y, en consecuencia, a los efectos del cálculo de la correspondiente indemnización por despido. Como argumentos cita, entre otros: que el propio artículo 46.3 del Estatuto de los Trabajadores computa ese tiempo a efectos de antigüedad en la empresa, concepto de antigüedad que cabe interpretar en sentido amplio y no sólo a efectos salariales; la posición del propio Tribunal Supremo; y el hecho de que de no hacerse así se desincentivaría el que los trabajadores acudieran a esta medida de conciliación, al resultar perjudicados sus derechos. Así, se afirma que: “Desde esta perspectiva, la norma establece un derecho para el

95 Aunque no se trata de la cuestión central de debate, esta posición favorable a la compatibilidad entre trabajo y excedencia aparece en la STSJ de Andalucía de 9 de julio de 2009 (referencia 6264/2008), donde se defiende que una persona en situación de excedencia por cuidado de hijos puede buscar otro empleo, a pesar de que su relación laboral con su empresa anterior está suspendida, no extinguida.

96 Referencia 2336/2009.

trabajador excedente para el cuidado de un hijo que se incorpora a su relación de trabajo y que consiste en que el tiempo que pase en ella se ha de entender que produce efectos equivalentes a la permanencia real en la empresa, con proyección por tanto en la antigüedad. No cabe entender que la norma estatutaria admita que ese reconocimiento de antigüedad lo sea a los solos efectos de acumulación del tiempo de trabajo a que se refiere el artículo 25 del Estatuto de los Trabajadores, al no contener distinción alguna, y no producirlos en otros insitos en el propio concepto como es el “premio de antigüedad”. Esta interpretación se compagina perfectamente con lo que es la voluntad del legislador a que antes se ha hecho mención, el llevar a cabo esta regulación con la intención de facilitar todo lo posible la conciliación de la vida familiar con el trabajo, tratando de eliminar cualquier distanciamiento entre la situación de trabajador en activo y de aquél que disfruta de la excedencia para el cuidado de un hijo. Cualquier diferencia de trato en materia de cómputo del tiempo entre estos trabajadores y los que permanecen en activo en la misma empresa constituiría indudablemente un elemento disuasorio para el operario que pretendiera acogerse a esa situación de excedencia, al saber que durante ese tiempo, dejaría de devengar determinados derechos, como el que aquí se discute, lo que en definitiva supone un alejamiento entre la norma y el cumplimiento de su verdadero fin”.

En el mismo sentido se manifiestan las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Galicia de 3 de noviembre de 2009⁹⁷ y de Navarra de 23 de octubre de 2008⁹⁸. En la primera de ellas se concluye que: “... la norma establece un derecho para el trabajador excedente para el cuidado de un hijo que se incorpora a su relación de trabajo y que consiste en que el tiempo que pase en ella se ha de entender que produce efectos equivalentes a la permanencia real en la empresa, con proyección por tanto en la antigüedad”, consecuentemente con dicha argumentación tal beneficio ha de extenderse ahora a los efectos indemnizatorios por despido considerando, por lo tanto, que el tiempo del trabajador en excedencia por cuidado de hijos es “tiempo de servicios efectivos” a tales fines ya que cualquier diferencia de trato en materia de cómputo del tiempo entre estos trabajadores y los que permanecen en activo en la misma empresa constituiría indudablemente un elemento disuasorio para el operario que pretendiera acogerse a esa situación de excedencia, al saber que durante ese tiempo, dejaría de devengar determinados derechos, como el que aquí se discute, lo que en definitiva supone un alejamiento entre la norma y el cumplimiento de su finalidad”.

En este ámbito, podría proponerse la modificación de aquellos artículos del Estatuto de los Trabajadores que se refieren al cálculo de las indemnizaciones por despido (por ejemplo, el artículo 56) con el objetivo de incluir expresamente que dentro de ese cálculo se computará el tiempo de excedencia, tanto por cuidado de hijos/as como por cuidado de familiares.

97 Referencia 9649/2009.

98 Referencia 650/2008.

En cuarto lugar, especial relevancia tiene la cuestión de determinar las consecuencias que comporta una negativa empresarial a la reincorporación al trabajo tras una excedencia, durante el segundo o tercer año de la misma. Esto es, qué ocurre si la empresa se niega a la reincorporación alegando que no existe vacante dentro del grupo profesional o categoría equivalente.

Esta cuestión se trata en la STSJ de Madrid de 8 de julio de 2008⁹⁹, declarándose, con un criterio muy discutible y poco protector ya que la excedencia por cuidado de hijos/as (o de familiares) goza de una protección reforzada frente a la excedencia voluntaria, que en estos supuestos cabe aplicar la misma solución prevista para dicha excedencia voluntaria y, en consecuencia, no existe un derecho de reincorporación al puesto de trabajo –sólo vigente durante el primer año de excedencia– y, por tanto, si no existe vacante el trabajador o trabajadora sólo tiene la opción de intentar demostrar, en el marco de un proceso judicial ordinario, que esa vacante existe realmente y reclamarla. Sólo se tratará de un caso de despido –en todo caso, un despido nulo, artículo 55.5.b) del Estatuto de los Trabajadores– si se demuestra la voluntad de la empresa de extinguir la relación existente entre las partes (no se contesta a la solicitud de reincorporación, existen vacantes conocidas...).

De este modo, se manifiesta que: *“... el derecho a la reserva en los términos establecidos por la norma estatutaria no conlleva aceptar que cuando se produce una respuesta del empresario a la solicitud del reingreso en el modo señalado en la demanda y en la sentencia de instancia, haya de entenderse que tal respuesta equivale (o constituye) a despido, pues resulta evidente que la voluntad del empleador no es la de resolver el contrato de trabajo, sino impedir por el momento la reconstitución del vínculo laboral porque cuando se cursa por el trabajador la solicitud del reingreso no hay vacante de igual o similar categoría que la desempeñada antes de pasar a la situación de excedencia . No puede calificarse como despido, en su sentido legal y estricto y sobre todo con los efectos legales que le son propios, si no se hace patente una decisión expresa o tácita de la empresa de extinguir la relación laboral con la ahora recurrente, pues una cosa es oponerse sin más al reingreso o sin aducir el motivo en que se ampare la negativa al mismo, y otra distinta no acceder a la reincorporación de la interesada indicando la razón impeditiva de su efectividad con base en circunstancias referidas a la existencia de un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente, que si no es cierta o fundada, podrá neutralizarse por el excedente mediante la aportación de los oportunos medios probatorios que pongan de manifiesto la existencia real de un puesto de trabajo susceptible de ocuparse por éste, mas en el marco del procedimiento declarativo ordinario, no en el de despido, sólo concebido para los casos en que de la respuesta empresarial se deduce una voluntad resolutoria del contrato de trabajo, no para el supuesto en el que la efectividad de la reincorporación quede supeditada a la condición expresada en la norma. En consecuencia, la acción que se ha ejercitado en el proceso no es la apropiada porque*

99 Referencia 13826/2008.

debería de haberse promovido para obtener la declaración del derecho a ser la demandante reincorporada a un puesto de trabajo de sus características profesionales, y no en calidad de despido nulo, luego hemos de decir que se da una inadecuación de procedimiento, pero esta conclusión no conlleva la declaración de oficio por la Sala de tal inadecuación”.

En la misma línea se sitúa la STSJ de Madrid de 4 de febrero de 2008¹⁰⁰, pero se considera la situación de no reincorporación a la empresa un despido ya que no se demuestra que no había vacante. Sorprende, no obstante, que la cuestión no se plantee ni se resuelva desde la perspectiva del artículo 55.5.b) del Estatuto de los Trabajadores, es decir, desde la perspectiva de un despido nulo.

No obstante, también cabe citar sentencias que, con un criterio acertado y en dirección contraria a lo señalado por las dos sentencias anteriores, concluye que la negativa empresarial a la reincorporación durante el segundo y tercer año de la excedencia por cuidado de hijos/as constituye un despido nulo, como consecuencia de lo dispuesto en el citado artículo 55.5.b) del Estatuto de los Trabajadores. Es el caso de la STSJ de Castilla y León de 8 de julio de 2009¹⁰¹, donde se señala que: *“Por lo que no nos encontraríamos ante el supuesto contemplado en distintas sentencias del TS (16 de marzo de 1987, 14 de febrero de 2006), en el sentido que “... no se puede calificar como despido tácito la negativa al reingreso de un excedente voluntario común, por inexistencia de vacantes, aún cuando ello se deba al cierre de la empresa o a la amortización de la plaza”. Y sí por el contrario, aplicando esta doctrina, nos encontraríamos ante despido tácito, cuando efectivamente existieran vacantes y la empresa no hubiera accedido al reingreso de un excedente voluntario. Más aún, si dicha excedencia no puede ser calificada de voluntaria y sí de forzosa. Dado que la excedencia por maternidad, para el cuidado de hijo menor, –ordinal segundo–, es decir, la solicitada por la actora, se rige por la normativa propia de las excedencias forzosas, en tanto todas estas categorías, al regirse por este mismo régimen las que se conceden por elección o designación para cargo público representativo o por ejercicio de funciones sindicales, conllevan la reserva de puesto de trabajo y el cómputo de antigüedad. Lo que no ocurre con las excedencias voluntarias (STSJ Valencia de 27 de abril de 2006). Por lo que aplicando la doctrina de esa misma Sala, se abona a la misma conclusión el hecho que la excedencia voluntaria, conforme el artículo 46.2 del ET, se conceda por un tiempo mínimo de dos años, mientras que en el caso que nos ocupa fue concedida por un año, la excedencia, sin perjuicio de ser prorrogada por dos posteriormente. De lo que se infiere que la empresa era perfectamente conocedora del tipo de excedencia solicitada –para cuidado de hijo menor – por la trabajadora. Por lo que siendo dicha excedencia “forzosa”, debió regirse para ella lo que se regula para dicho tipo de excedencias, es decir, que la negativa a la reincorporación de la trabajadora, solicitada por la misma dentro de plazo, existiendo por demás plazas vacantes en la empresa, ha de ser*

100 Referencia 2829/2008.

101 Referencia 4604/2009

*calificada como despido nulo, en atención a lo señalado taxativamente en el artículo 55.5 b del ET, con las consecuencias legales oportunas*¹⁰².

En este tema, a nuestro entender, algunos Tribunales están haciendo una interpretación restrictiva de lo dispuesto en el artículo 46.3 del Estatuto de los Trabajadores, poco conciliadora con los objetivos perseguidos por la Ley Orgánica 3/2007. Desde la perspectiva de la posible reforma legal cabe afirmar que si pretendemos avanzar en la conciliación de la vida laboral y familiar debería recomendarse la modificación del artículo 46.3 del Estatuto de los Trabajadores en el sentido de extender la reserva del puesto de trabajo al segundo y tercer año de excedencia.

Conclusión que nos da pie a recordar que, en nuestro país, durante la situación de excedencia, como vimos, se suspende el contrato de trabajo y no se percibe salario ni tampoco prestación de la Seguridad Social. Y si bien, como también vimos, desde la perspectiva de Seguridad Social el artículo 180 de la Ley General de la Seguridad Social reconoce un determinado período de tiempo como cotizado a la Seguridad Social, esa consideración no alcanza a la totalidad de la duración de la excedencia ni a todas las prestaciones de la Seguridad Social, por lo que también cabría recomendar la reforma de dicho precepto a los efectos de alcanzar la cobertura máxima y que la excedencia no comporte ningún tipo de perjuicio para quien la disfruta.

Finalmente, cabe destacar que, con un carácter más puntual, otras cuestiones tratadas por los Tribunales en torno a la excedencia por cuidado de hijos/as son las siguientes:

1. La excedencia por cuidado de hijos/as es un derecho subjetivo de los trabajadores (de carácter irrenunciable en la lógica del artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores) que no puede ser negado por el empresario, ni tampoco condicionado ni limitado (con la única excepción de la concurrencia de dos trabajadores de la misma empresa que solicitan la excedencia por el mismo sujeto causante), con el objetivo de garantizar el “*instituto de la familia (artículo 39.1 CE)*”. También se afirma que la excedencia es voluntaria para el trabajador, debe solicitarse, y su disfrute no puede ser aplazado por cuanto su cómputo viene determinado por el nacimiento, la edad, el accidente o la enfermedad del causante y por tanto el derecho de éste comienza en ese mismo momento y no permite dilaciones contrarias a su propia finalidad. Se reconoce, asimismo, que el sujeto “*causante*” del permiso es el hijo o hija.

En este sentido, en la STSJ de La Rioja de 15 de octubre de 2009¹⁰³ se señala que: “... *de este precepto, en su actual redacción, se deduce claramente que la excedencia por cuidado de*

102 Vid también SSTJS del País Vasco de 1 de abril de 2008 (referencia 697/2008) y de Madrid de 11 de febrero de 2008 (referencia 686/2008). También, STSJ del País Vasco de 10 de febrero de 2009, referencia 1456/2009.

103 Referencia 671/2009.

hijos es un derecho subjetivo del trabajador, tal como recuerda la STC núm. 203/2000, de 24 de julio de 2000 (RTC 200003), (F.J. cuarto) cuando indica que «la excedencia para el cuidado de los hijos menores además de cooperar al efectivo cumplimiento del deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos, durante su minoría de edad (artículo 39.3 de la CE [RCL 1978836]), constituye, en efecto, un derecho atribuido por el legislador a trabajadores y empleados públicos en orden a hacer efectivo el mandato constitucional dirigido a los poderes públicos de garantizar el instituto de la familia(art. 39.1 C.E)», por tanto, aunque su ejercicio es voluntario para el trabajador, resulta de forzosa concesión para el empresario o, como advierte una antigua doctrina (STCT de 22 de noviembre de 1982), «constituye al trabajador en excedencia su declaración de voluntad en tal sentido dirigida al empresario, no la respuesta de este»; en otras palabras, la empresa no se halla facultada para supeditar su concesión al cumplimiento de determinadas condiciones por el trabajador y si se trata de imponer algún límite que exceda de los propios límites legales, habrá que tenerlo por no puesto al tratarse de un derecho irrenunciable para el trabajador «ex» art. 3.5 del ET (RCL 199597). El derecho analizado, por lo expuesto, no puede ser negado o desconocido por el empleador, y tan sólo el párrafo tercero del citado artículo, permite a la empresa su limitación cuando, trabajen para la misma dos familiares y pretendan ejercer su derecho simultáneamente para atender a la misma persona, y aún en este caso deberá justificarlo en razones de funcionamiento de la empresa, y esta excepción no deja desprotegido al causante, sino que en todo caso va a disfrutar de la compañía de uno de los dos familiares, limitándose únicamente y de forma justificada que ambos queden a la vez excedentes para cuidar de la misma persona. Es pues claro que, existiendo un sujeto causante del derecho y solicitándolo el trabajador, el empresario no puede negarse a la excedencia ni tampoco, lógicamente, puede aplazar el disfrute de la misma, por cuanto su cómputo viene determinado por el nacimiento, la edad, el accidente o la enfermedad del causante y por tanto el derecho de éste comienza en ese mismo momento y no permite dilaciones contrarias a su propia finalidad. Así pues, a la luz de la normativa expuesta, es evidente que el trabajador ha de solicitar al empresario la excedencia a la que tiene derecho ex–lege, porque obviamente aquél ha de organizar el trabajo y debe de efectuar las previsiones necesarias para suplir al excedente, pero no puede este negar el disfrute del derecho analizado¹⁰⁴.

104 Vid. también STSJ de Galicia de 30 de junio de 2008, referencia 2539/2008, donde se afirma: “De este precepto, en su actual redacción, se deduce claramente que la excedencia por cuidado de hijos es un derecho subjetivo del trabajador, tal como recuerda la STC núm. 203/2000, de 24 de julio de 2000 (RTC 200003), (F.J. cuarto) cuando indica que «la excedencia para el cuidado de los hijos menores además de cooperar al efectivo cumplimiento del deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos, durante su minoría de edad(art. 39.3 de la CE [RCL 1978836]), constituye, en efecto, un derecho atribuido por el legislador a trabajadores y empleados públicos en orden a hacer efectivo el mandato constitucional dirigido a los poderes públicos de garantizar el instituto de la familia(art. 39.1 C.E)», por tanto, aunque su ejercicio es voluntario para el trabajador, resulta de forzosa concesión para el empresario o, como advierte una antigua doctrina (STCT de 22 de noviembre de 1982), «constituye al trabajador en excedencia su declaración de voluntad en tal sentido dirigida al empresario, no la respuesta de este»; en otras palabras, la empresa no se halla facultada para supeditar su concesión al cumplimiento de determinadas condiciones por el trabajador y, si como al presente sucede, se trata de imponer algún límite que exceda de los propios límites legales, habrá que tenerlo por no puesto al tratarse de un derecho irrenunciable para el trabajador «ex» art. 3.5 del ET (RCL 199597)”.

2. La excedencia es una causa de suspensión del contrato de trabajo, no de extinción, por lo que el trabajador o trabajadora siguen vinculados a la empresa, también a los efectos del pago de la correspondiente prestación de incapacidad temporal. Así se señala en la STSJ de Galicia de 30 de junio de 2008¹⁰⁵ que: “... por ello esta modalidad de excedencia se equipara a la forzosa, lo que implica la inexistencia de extinción del contrato de trabajo, suponiendo un supuesto de suspensión, pero en la que el trabajador sigue perteneciendo a la empresa incluido dentro de la relación de personal afectado por todas las vicisitudes que afecten a la generalidad de la plantilla, como sucede en el cambio de aseguradora. Por ello la Sala mantiene contrariamente a lo señalado por el juzgador de instancia la no aplicación del artículo 222, que precisa, incluso en la vigencia de la fecha del hecho causante, la existencia de la extinción del contrato de trabajo por cualquiera de las causas que según el artículo 208 dan derecho a la prestación de desempleo, entre las que no se incluye la excedencia ni voluntaria ni forzosa. En consecuencia, la trabajadora en situación de excedencia por cuidado de hijo ha de entenderse incluida en la relación de asociados que obliga a la aseguradora, en este caso Instituto Nacional de la Seguridad Social a asumir la gestión de la prestación económica de la incapacidad temporal por contingencias comunes sin distinción alguna”.

3. Se interpreta, de forma muy favorable para el beneficiario, el momento en que debe comunicarse al empresario la prórroga de una excedencia. Es el caso de la STSJ de Navarra de 20 de abril de 2009¹⁰⁶, en la que se afirma que: “... El que aquella no comunicara una nueva “extensión” de su excedencia no puede significar, a la vista de todos los matices del caso, que dimitiera de su puesto de trabajo pues esto significaría dar un salto en el razonamiento no amparado por las reglas de la lógica al ser esencial tener en cuenta que se encontraba dentro de los tres años de tan especial excedencia y antes de pensar en dimisión podría haberse pensado, por ejemplo, que las exigencias del cuidado del menor, causa de la concesión, le obligaban a agotar el plazo legal”.

En la misma línea favorable cabe situar la STSJ de Castilla La Mancha de 29 de enero de 2009¹⁰⁷, donde se reconoce que la excedencia por cuidado de hijos/as es un tipo de excedencia que se sitúa a medio camino entre la excedencia forzosa –con la que comparte la idea de reserva de puesto de trabajo durante el primer año– y la excedencia voluntaria. Además, señala que la excedencia por cuidado de hijos/as persigue una finalidad vinculada a la protección de la familia, factor que debe tenerse presente. El Tribunal considera, asimismo, que el incumplimiento de una cuestión meramente formal –la comunicación de la voluntad de reincorporación en el plazo previsto en el convenio colectivo– no constituye un abandono del puesto de trabajo –al consi-

105 Referencia 2539/2008.

106 Referencia 108/2009.

107 Referencia 2389/2009.

derarse ese requerimiento convencional restrictivo de derecho– sino un despido por parte de la empresa.

4. Se discute la duración de la excedencia en el caso de un hijo de 8 años con síndrome de Down, decantándose el Tribunal por declarar una duración de 3 años. Sentencia que, aunque hace una interpretación favorable de la relación de parentesco, resulta discutible, ya que extiende la excedencia por cuidado de hijos/as menores de 3 años a un caso en que el hijo –si bien es pariente de primer grado– tiene 8 años de edad y síndrome de down. A nuestro entender, este supuesto debería haberse tratado como un caso de excedencia por cuidado de familiares (que incluye el cuidado de los hijos/as mayores de 3 años, tal y como han aclarado los Tribunales) y no por cuidado de hijos/as, aun cuando ello llevase a que la duración de la excedencia fuera menor (dos años frente a tres años). A nuestro entender, para evitar esa situación desigual en el cuidado de los hijos/as (es evidente que si bien un hijo/a menor de 3 años requiere cuidados especiales también los exige un hijo/a mayor de esa edad con discapacidad) debería modificarse, tal y como ya hemos propuesto, el artículo 46.3 del Estatuto de los Trabajadores, equiparando la protección de ambos tipos de excedencia, fijando su duración, en ambos casos, en 3 años¹⁰⁸.

5. Se declara, con un criterio que resulta discutible desde la perspectiva de la corresponsabilidad, que no son compatibles la excedencia por cuidado de hijos/as de la madre y el permiso de lactancia del padre. Así, en la STSJ de Castilla y León de 4 de diciembre de 2008¹⁰⁹ se manifiesta que “... tanto en el caso del art. 48.1.f) del EBEP como del art. 37.4 ET es presupuesto ineludible y necesario para la concesión del permiso de lactancia, que ambos progenitores trabajen, lo que no se da en el caso presente, desde el término de las vacaciones de la madre, dado que, con posterioridad, ha solicitado excedencia para cuidado de su hija, con lo que su contrato de trabajo está en suspenso, conforme al Art. 45.1.d) ET. Y, por lo que se refiere, en concreto, al permiso de lactancia, Sala Social TSJ Castilla la Mancha, S. 25–3–99: “ El artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores, tras regular la duración del permiso de lactancia y la forma de su ejecución, indica que «este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen»; expresión de la que, sin duda, se infiere que no es posible solicitar el permiso en cuestión por uno de los padres, si el otro no trabaja y esta situación es la que se produce en el caso que se examina”. También se niega la posible concurrencia entre el permiso de maternidad de la madre y el permiso de lactancia del padre.

108 STSJ de Galicia de 26 de junio de 2009, referencia 5682/2009.

109 Referencia 6110/2008.

Esta solución legal puede entenderse desde la perspectiva de la conciliación de la vida laboral y familiar y desde la perspectiva del cuidado del menor –ya que al menos uno de sus progenitores está dedicado a su cuidado–, pero no fomenta, como decíamos antes, la corresponsabilidad de hombres y mujeres frente al cuidado de los hijos/as. A nuestro entender, cabría plantearse una reforma de lo dispuesto en los artículos 37.4 y 46.3 del Estatuto de los Trabajadores (y de los preceptos correspondientes del Estatuto Básico del empleado público para el caso de los funcionarios públicos) para permitir la concurrencia entre el permiso de lactancia y la excedencia, si pretendemos fomentar la corresponsabilidad frente al cuidado de los hijos/as.

6. Se señala que, a pesar de existir un pacto firmado en el que se prevé, tras el agotamiento de la excedencia por cuidado de hijos/as el paso a una excedencia voluntaria, se puede solicitar la reincorporación a la empresa en el momento en que acabe la excedencia por cuidado de hijos/as¹¹⁰.

7. Se reconoce expresamente el derecho de los trabajadores relevistas a la excedencia por cuidado de hijos/as, señalándose, asimismo, que la empresa deberá contratar a un nuevo trabajador relevista que sustituya al que se encuentra en situación de excedencia. Si no lo hace asumirá el pago de la correspondiente pensión del trabajador jubilado parcial¹¹¹.

110 STSJ del País Vasco de 10 de febrero de 2009, referencia 1456/2009.

111 STSJ de Madrid de 26 de diciembre de 2008, referencia 26554/2008, en la que se manifiesta que: *“la excedencia por cuidado de hijo, con reserva de puesto de trabajo, genera la obligación de tener que contratar al relevista que sustituya al excedente... Aunque la suspensión del contrato de trabajo no es equiparable, evidentemente, a la de extinción del contrato, tampoco podemos concluir afirmando que el término “cese” que se contempla en la Disposición Adicional 2ª del Real Decreto 1131/2002, tenga que ser identificado necesariamente con la extinción del contrato de trabajo, como cese definitivo, y no comprender en él otras situaciones en las que el trabajador relevista puede estar desvinculado de la empresa, sin haber extinguido la relación laboral –cese temporal–, lo que permita que, durante ese espacio de tiempo, aquél pueda ser sustituido, ya que no debemos olvidar que la contratación a tiempo parcial, jubilación parcial y contrato de relevo están directamente vinculados y conectados, no pudiendo permanecer uno sin los otros, de forma que el legislador ha querido que la no continuidad del relevista en la prestación de servicios deba ser sustituida por otro, como forma de mantener esa triangularidad”*.

No se trata de un criterio judicial uniforme, ya que la solución contraria también la defienden los Tribunales, al considerar que no existe legalmente la obligación de sustitución y que la excedencia es una causa de suspensión del contrato y no de extinción del mismo¹¹².

A nuestro entender, la primera opción es más fiel al contenido de la Ley Orgánica 3/2007.

8. Los Tribunales consideran que los incumplimientos empresariales referidos a obligaciones formales en materia de Seguridad Social –comunicación de la situación de excedencia a la entidad gestora– no perjudican el derecho a acceder a las correspondientes prestaciones de Seguridad Social¹¹³.
9. Se pierde la reserva al puesto de trabajo garantizada por la Ley –artículo 46.3 del Estatuto de los Trabajadores– si la reincorporación a la empresa no se solicita en el plazo previsto, equiparándose esa situación a una extinción del contrato de trabajo por abandono¹¹⁴.
10. El cómputo del período de excedencia se inicia a partir del momento en que se agota la prestación por maternidad. Asimismo, el hecho de que se tenga un nuevo hijo/a en nada afecta a la terminación de la excedencia pues ésta genera otros nuevos derechos y obligaciones, que en nada se relacionan con los derivados del anterior nacimiento¹¹⁵.

112 STSJ de Castilla y León de 14 de octubre de 2009, referencia 6078/2009, donde se afirma: “Pues bien, la disposición adicional segunda, número 1, del Real Decreto 1131/2002, impone la obligación de sustituir al trabajador relevista mediante otro contrato de relevo para aquellos casos en los que se produzca el “cese” del trabajador relevista. El término “cese” ha de ser interpretado como extinción del contrato de trabajo, con arreglo al sentido propio de las palabras, de forma que no comprende las situaciones de mera suspensión del mismo. Esta interpretación se refuerza si tenemos en cuenta que la norma obliga a sustituir al trabajador relevista por otro mediante un segundo contrato de relevo, siendo éste imposible de concertar si el contrato del primer trabajador continúa vigente, puesto que la causa de la temporalidad de la contratación en el contrato de relevo no es sino la sustitución del trabajador jubilado parcialmente (“sustituir la jornada de trabajo dejada vacante por el trabajador que se jubila parcialmente”, dice el artículo 12.6 del Estatuto de los Trabajadores) y no la del trabajador relevista cuando el contrato de éste quede en suspenso, para lo cual la modalidad contractual apropiada será la del contrato de interinidad, que es precisamente la que aquí se ha utilizado. La norma, por el contrario, no impone la obligación de sustituir al trabajador relevista en los supuestos en los que el contrato de éste quede en suspenso, cualquiera que sea la causa. De haberlo previsto así debería haber establecido el recurso a otros tipos contractuales distintos al contrato de relevo. Como quiera que en este caso el contrato de la trabajadora relevista no se ha extinguido, conforme a los hechos probados, sino que se encuentra en suspenso, primero por razón de maternidad y después por excedencia para el cuidado de hijos, no existía obligación de sustitución de la relevista, por lo que la exigencia de reintegro prestacional dirigida por el INSS a la empleadora carece de fundamento jurídico válido. Pero incluso si en la legislación se estableciese esa obligación de sustitución en los casos de suspensión contractual, lo que no ocurre, la misma se habría cumplimentado por la entidad empleadora, conforme a los hechos probados, acudiendo para ello, como es lógico, a un contrato de interinidad.”

113 STSJ de la Comunidad Valencia de 10 de marzo de 2009, referencia 1972/2009.

114 STSJ de Andalucía de 1 de julio de 2009, referencia 7956/2009.

115 STSJ de Andalucía de 1 de julio de 2009, referencia 7956/2009.

Por último, desde una perspectiva cuantitativa, cabe destacar que las personas que reclaman judicialmente en materia de excedencia son mayoritariamente mujeres (33 mujeres frente a 4 hombres, 1 reclamación la presenta un sindicato y 1 reclamación el Instituto Nacional de la Seguridad Social), que trabajan mayoritariamente también en el sector privado (28 reclamaciones frente a 8 del sector público y 2 de cooperativas).

4. DISTRIBUCIÓN DE JORNADA

a. Novedades que implica la Ley Orgánica 3/2007 respecto de la legislación anterior

En los últimos años se ha planteado con frecuencia que la reducción de jornada no siempre es la solución adecuada para abordar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Además, las reducciones de jornada tienen efectos indeseados para muchas trabajadoras/es, como son la reducción salarial y/o el posterior efecto en sus prestaciones. Por esta razón, muchas personas trabajadoras (en su mayoría las mujeres), han optado en los últimos años por solicitar una nueva distribución de su jornada laboral.

La Ley Orgánica 3/2007 ha introducido una reforma respecto de esta cuestión en el artículo 34.8 del ET que establece que *“el trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquella”*.

De esta manera, se reconoce el derecho a adaptar la distribución de la jornada, no quedando tal derecho vinculado a la reducción de la jornada. Sin embargo, como veremos, el problema grave que se plantea es que dicho derecho queda condicionado a *“los términos que se establezcan en la negociación colectiva o al acuerdo a que se llegue con el empresario”*.

Se debe recordar que, hasta la regulación de la Ley 3/2007, la posibilidad de modificación de horarios estaba vinculada al artículo 37 del ET. En base a dicho artículo se daban dos interpretaciones: por un lado, una posición que consideraba que la posibilidad de modificación de horarios estaba vinculada a la reducción de jornada y, otra, que interpretaba el artículo 37.6 ET en sentido amplio, desvinculándola de la reducción de jornada.

Esta polémica en la interpretación de este tema ha llegado al Tribunal Supremo, que en dos resoluciones, de 13 y 18 de junio de 2008, se pronunció sobre la cuestión. Ante dos solicitudes de cambios de horarios sin la concurrencia de una solicitud de reducción de la jornada, el TS niega tal posibilidad. El TS afirma que el derecho establecido en el art. 37.6 del ET de fijar la concreción horaria está vinculado a la reducción de jornada. El TS afir-

ma que dicha cuestión podría haberse modificado por la Ley 3/2007 y que al no haberse hecho parece que la voluntad del poder legislativo es la de no reformar el estado de cosas, dado que el nuevo artículo 34.8 condiciona dicho cambio de horario a la aceptación por parte de la empresa. Concretamente la STS 4569/2008 afirma:

“aquí no se trata de un supuesto de reducción de jornada y horario, como en la sentencia del Tribunal Constitucional, con apoyo en el art. 37-5 y 6 del E.T, sino solo de una petición de cambio de horario, y por tanto de turnos, sin reducción de jornada, carente de apoyo legal, al no estar comprendido en el art. 37 del E.T en el que la Sala no puede entrar, pues sería tanto como asumir los Organos Judiciales, funciones legislativas, es el legislador quien debe hacerlo, reformando los artículos necesarios del E.T, lo que hasta la fecha no ha querido, pudiendo hacerlo, como ha sucedido con la reforma operada en el art. 34 del E.T. en la reciente Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Esta Sala en definitiva, sin dudar de que la pretensión de la demandante serviría para mejorar sus posibilidades de conciliar el trabajo con los deberes familiares porque de lo contrario no hubiera solicitado el cambio de horario, considera que no puede dar lugar a lo que allí pedido sin violar el principio de legalidad...”

En un sentido muy semejante la STS 4494/2008 afirma:

“A la misma conclusión desestimatoria de la demanda se llegaría, si pudiera aplicarse la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo de igualdad efectiva de hombres y mujeres, lo que no es posible por razones temporales, pues si bien es cierto, que dicha Ley ha modificado el art. 34 del E.T, en el sentido de introducir un apartado nuevo, el ocho, que establece el derecho del trabajador a adoptar la duración y distribución de la jornada para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, lo condiciona a los términos en que se establecerán en la negociación colectiva o en el acuerdo que se llegue con el empresario, respetando lo previsto en aquel acuerdo que no existe en el caso de autos; lo contrario sería admitir un cambio de horario por decisión unilateral del trabajador”

La argumentación que sostienen los votos particulares en ambas sentencias es muy interesante y plantea una interpretación diversa. La STS 4569/2008 afirma en el voto particular que, en realidad, habría una laguna legal en el apartado 37.5 del ET. Las pretensiones de la demandante tendrían apoyo en lo que se entiende que es el espíritu de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. La exposición de motivos de la Ley hace referencia a los artículos 14 (igualdad ante la ley), 39 (protección social, económica y jurídica de la familia) y 9.2 (deber de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas) de la Constitución. La norma tendría por objeto configurar un sistema que contemple las nuevas relaciones sociales surgidas y un nuevo modo de cooperación y compromiso

entre mujeres y hombres, que permita un reparto equilibrado de responsabilidades en la vida profesional y en la privada, y en concreto y en cuanto al redactado que incorpora del artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores, asegurar el ejercicio adecuado de la patria potestad y el cuidado del menor o minusválido.

Como conclusión, entiende el voto particular que existiría una laguna legal que puede ser llenada por la jurisprudencia, de forma que cabe entender que es posible la adaptación o modificación del horario de trabajo o jornada laboral, sin reducción de la misma, de quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de seis años o un minusválido físico, psíquico o sensorial, en los términos señalados por los apartados 5 y 6 del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores.

Es destacable este voto particular de la sentencia del TS, pero es significativo que la interpretación extensiva se realice sobre la Ley 39/1999 y no de la ley de igualdad. Así como también es relevante que únicamente entienda posible dicho cambio en la distribución de la jornada en los supuestos de menores de seis años o minusválidos y no en otros casos de necesidad de conciliación de la vida, personal, familiar o laboral.

El voto particular de la STS 4494/2008 recoge una argumentación muy similar a la ya examinada, pero añade unas reflexiones muy agudas sobre la discriminación indirecta que se produce al no reconocer el derecho a la modificación del horario de la trabajadora:

“La negativa del órgano judicial a reconocer a la trabajadora la concreta reducción de jornada solicitada, sin analizar en qué medida dicha reducción resultaba necesaria para la atención a los fines de relevancia constitucional a los que la institución sirve ni cuáles fueran las dificultades organizativas que su reconocimiento pudiera causar a la empresa, se convierte, así, en un obstáculo injustificado para la permanencia en el empleo de la trabajadora y para la compatibilidad de su vida profesional con su vida familiar, y en tal sentido, constituye una discriminación indirecta por razón de sexo, de acuerdo con nuestra doctrina.”

Esta argumentación del voto particular es sumamente relevante ya que, como señala la sentencia, los artículos examinados tienen una dimensión constitucional que se vincula al derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) de las mujeres trabajadoras y al mandato de protección de la vida familia y a la infancia (art. 39 CE), ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa.

Debe destacarse que las sentencias del STS examinadas analizan supuestos planteados antes de la entrada en vigor de la Ley 3/2007. La nueva regulación del art. 34.8 del ET reconoce un derecho a la conciliación del tiempo de trabajo, familiar y personal, que incluye la modificación de la distribución de la jornadas.

b. La posición de los Tribunales.

El resultado final de sentencias obtenidas para la investigación objeto del proyecto ha sido de 39 sentencias sobre “distribución de jornada”.

En primer lugar, se debe indicar que sólo en tres de las sentencias examinadas la persona que pide el cambio en la distribución de jornada es un hombre. En el resto de los casos se trata de mujeres. Este dato inicial nos muestra que en nuestro país siguen siendo las mujeres la que asumen los costos personales, sociales, económicos, etc. que comporta la conciliación de la vida familiar y laboral. La estructura de género del trabajo productivo y reproductivo sigue haciendo que recaiga sobre las mujeres gran parte del trabajo reproductivo. La desigual distribución de la corresponsabilidad de la vida familiar y laboral se muestra claramente en el hecho de que son mayoritariamente las mujeres las que hacen esfuerzos por llevar adelante ambas esferas del trabajo social.

Pero, además, es muy interesante estudiar el perfil socio-económico de las demandantes. Las mujeres que solicitan esta modificación en su horarios de trabajo tienen unos ingresos bajos que en muchos casos se sitúan en torno a los 1000 euros mensuales. Sólo en dos casos el salario se sitúa sobre los 2000 euros mensuales. Las mujeres que solicitan los cambios en la distribución de sus jornadas son camareras, dependientas, vendedoras, operadoras de teléfono, etc., perfiles profesionales poco cualificados, mujeres cuyos ingresos no permiten “comprar tiempo” de otras personas y/o servicios para ayudarlas con la “conciliación de la vida personal, familiar y laboral” y que buscan en los tribunales tiempo/horarios para atender mayoritariamente a sus hijos/as.

En segundo lugar, se debe señalar que las sentencias examinadas abordan el tema de la distribución de jornada desde un conjunto de referencias normativas:

- Constitución Española: artículo 14 (principio de igualdad y no discriminación) y artículo 39 (mandato constitucional de protección a la familia que impone a los poderes públicos adoptar cuantas medidas se dirijan a garantizar tal derecho).
- Estatuto de los Trabajadores: artículo 34.8 (introducido por el apartado de la disposición adicional décimo primera de la LO 3/2007, de 22 de marzo, que establece el derecho del trabajador a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral). Este artículo es citado en 26 de las sentencias estudiadas; y artículo 37.5 y 6 (en relación a la concreción horaria de trabajo vinculado con la petición de reducción de jornada); y artículo 41.1 (en relación a la modificación sustancial del contrato de trabajo).

- Ley Orgánica 3/2007, 22 marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres: Disposición adicional décimo primera, en relación a las modificaciones introducidas en el Estatuto de los Trabajadores. Esta disposición se refiere a la modificación introducida en el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores sobre “distribución de jornada”.
- Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, se cita en 10 de las sentencias estudiadas.
- Directivas Europeas: de la normativa comunitaria se citan expresamente las Directivas del Consejo 92/85/CEE, de 19 de octubre, y 96/34/CE, del Consejo de 3 de junio, que establecen criterios amplios y flexibles para la armonización de las responsabilidades laborales y familiares.

En tercer lugar, hay que señalar que el problema que plantea la nueva regulación del art. 34.8 del ET es el alcance del derecho allí reconocido. La interpretación “ex ante” que realiza el TS condiciona el ejercicio de tal derecho a la regulación en la negociación colectiva o al acuerdo con la empresa. Este es el criterio interpretativo que están siguiendo la mayoría de las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia examinados en nuestro estudio. Sin embargo, ésta no es la única interpretación posible que ha realizado la doctrina, ni como veremos la única interpretación que está realizando la jurisprudencia.

De las sentencias estudiadas cabe destacar, como se ha mencionado, dos grupos: a) un primer grupo, muy minoritario, que interpreta que caben cambios en la distribución de la jornada sin reducción de la misma; b) un segundo grupo, que entiende que no es posible una modificación de la jornada sin reducciones de la misma.

A continuación comentaremos algunas de las características más significativas de ambos grupos de resoluciones:

a) El reconocimiento al derecho a la distribución del tiempo de trabajo

Del conjunto de sentencias examinadas sólo 1 reconoce el derecho a la distribución del tiempo de trabajo, independientemente de la reducción de la jornadas. Se trata de la STSJ 672/2009 de Aragón.

La sentencia parte de situar el problema de la determinación de la distribución de la jornada en el contexto de las relaciones desigualdades de género y como una medida de conciliación de la vida personal, familiar y laboral que constituye una medida para lucha contra la discriminación de género:

[...] “como punto de partida, hay que hacer hincapié en que la mayor parte de las reducciones de jornada (y de las excedencias por razones familiares) las solicitan las mujeres. En nuestra sociedad el salario medio de la mujer es inferior al del hombre, lo que supone que, como la reducción de jornada conlleva una reducción correlativa del salario, cuando una pareja se plantea la alternativa de quién de los dos (el hombre o la mujer) reduce su jornada para cuidar a un hijo, muchas veces es la mujer quien ejerce este derecho, con lo que se consigue que la minoración de ingresos de la unidad familiar sea menor. Por consiguiente, se trata de una materia que afecta al art. 14 de la CE y en concreto al subprincipio o regla específica de igualdad, consistente en el mandato de no discriminación por razón de sexo”.[...]

[...] “Como criterio de interpretación y aplicación de estas normas, el art. 44.1 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, establece que los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio.”[...]

Partiendo del artículo 44.1 de la LO 3/2007 la sentencia efectúa una interpretación amplia del artículo 37.5 del ET, que permita ejercer el derecho a la concreción horaria:

[...] “De ahí que esta Sala haya señalado que “en la aplicación de las reducciones de jornada que establece el artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores, ha de partirse de la base de que tal precepto forma parte del desarrollo del mandato constitucional (artículo 39 de la Constitución) que establece la protección a la familia y a la infancia. Finalidad que ha de prevalecer y servir, de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa”(S. 20.07.2000 rec. 3799/1999)», además de que «En principio la concreción horaria de la reducción de jornada es un derecho de la trabajadora, que sólo en supuestos excepcionales ha de decaer, como en caso de abuso de derecho, inexistencia de buena fe o manifiesto quebranto para la empresa»”[...]

“A juicio de esta Sala, la configuración del derecho a la reducción de jornada por cuidado de hijo, con relevancia constitucional, y la protección de la finalidad prevista por la legislación sobre conciliación de la vida familiar y laboral, obliga a concluir, ponderando las circunstancias concurrentes, que la actora tiene la facultad de concretar su horario en el turno nocturno, lo que le permitirá armonizar la vida familiar y laboral, enfatizando la protección de los miembros de la familia más necesitados de protección.”[...]

Como se puede observar, la argumentación no se basa en el artículo 34.8 del ET, sino en una interpretación extensiva del artículo 37.5 del ET. Pero además, aunque en un inicio la sentencia enfatizaba la necesidad de reconocer el derecho a la concreción horaria para evitar la discriminación de género, cuando se llega a la interpretación del artículo 37.5 del ET se apela, no al ejercicio de dicho derecho, sino a la protección de los menores.

b) Una interpretación restrictiva del artículo 34.8 y del artículo 37 del ET

La mayoría de las sentencias examinadas desestiman la solicitud de cambios en la distribución de la jornada por parte de las trabajadoras. Para ello, se apoyan en dos tipos de argumentos: las limitaciones o lagunas del artículo 37 del ET y la interpretación restrictiva del nuevo artículo 34.8 del ET.

En muchos casos se interpretan restrictivamente ambos artículos, por ejemplo: STSJ MAD 14977/2009, STSJ CAT 9027/2009, STSJ AND 1193/2009,

Las sentencias que estiman la pretensión de distribuir el tiempo de trabajo lo hacen en un contexto de reducción de jornada. Del grupo estudiado son las sentencias: STSJ MAD 1462/09, STSJ CLM 4279/09 y STSJ AS 2794/09 y STSJ MAD 2404/09.

c) El reconocimiento de la estructura desigual de género del trabajo

Un elemento importante en diversas sentencias es que se aprecia la inclusión de argumentos sobre la desigual situación de hombres y mujeres en el mercado de trabajo y en la familia. Los tribunales, en algunos casos, explican la solicitud de modificaciones en la distribución de la jornada de la trabajadora en el contexto de una sociedad en la que mujeres y hombres tienen situaciones sociales muy diversas. Esta acertada descripción de los hechos, sin embargo, no conduce en general a hacer interpretaciones de la ley diversas.

Como ejemplos de sentencias que desarrollan este tipo de argumentación podemos citar la STSJ MAD 14077/2009 que en su fundamento sexto afirma:

“SEXTO.– A partir de la Ley 39/1999, se empieza a tener en cuenta de una manera más realista la doble discriminación que sufren las mujeres con responsabilidades familiares, tanto por pertenecer al sexo femenino como por asumir tradicionalmente las tareas domésticas (...)

Las responsabilidades familiares y la condición de víctimas de género son factores de discriminación o trato desigual en el trabajo. Ha existido tradicionalmente, producto de pautas culturales, hábitos, inercias y estereotipos, una asignación desigual de responsabilidades y roles sociales entre mujeres y hombres. Para lograr romper con esta inercia el art. 42 de la Ley Orgánica 3/2007 – LOIEMH– traza como uno de los objetivos prioritarios de la política de empleo aumentar la participación de la mano de obra femenina en el mercado de trabajo, potenciando su nivel formativo y su adaptabilidad a los requerimientos del mercado.

En este injusto y desigual escenario tradicional de asignación de roles entre hombres y mujeres éstas son las que han llevado la peor parte al encontrarse esclavizadas por la doble jor-

nada, la de la empresa y la del hogar, pues son las mujeres las que en la mayoría de los casos concilian el trabajo con la asunción de las responsabilidades familiares.

La pareja, ese delicado tejido de relaciones sentimentales que sostienen el amor y la convivencia, sufre y se rompe con los desgarros de una vida descompensada y compulsiva, cuando no se producen frecuentes fenómenos de violencia de género.

La mujer es objeto de una doble discriminación: por su condición femenina y por su posición en la familia, lo cual supone una competencia desigual entre hombres y féminas en el acceso al mercado de trabajo y en la promoción dentro del mismo. La erradicación de esta deplorable realidad habrá de afrontarse no solamente en el ámbito privado sino también mediante mecanismos de intervención pública (...)

España constituye el país europeo con menor tasa de actividad femenina (el 44,5%) en comparación con la tasa masculina (el 67,6%) encontrándose aún muy lejos de los objetivos marcados en la Estrategia de Lisboa para el año 2010. El índice de paro femenino sigue doblando al masculino, la temporalidad es de más de cinco puntos porcentuales respecto a los hombres, y el salario medio mensual de las féminas sigue cifrado en un 24% por debajo en las mujeres.”

Tal como veíamos la LO 3/2007 entiende las medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral como medidas que deben ayudar al desarrollo del derecho a la igualdad, combatiendo la discriminación por razón de sexo. Este criterio interpretativo introducido por la LO 3/2007 permitiría fundamentar argumentaciones de la legislación laboral que se dirijan no sólo a proteger “el interés de la familia y los menores” sino a hacer de dicha medidas un auténtico instrumento de lucha contra la discriminación sexual.”

A pesar de esta rica argumentación, la sentencia, apoyándose en la resoluciones del TS, acaba denegando la modificación en la distribución de jornada.

c. Conclusiones y recomendaciones

La línea jurisprudencial analizada se inscribe en dos marcos:

- a) La mayoría de las sentencias que examinan el derecho relativo a la distribución del tiempo de trabajo para conciliar la vida familiar y laboral del trabajador/a, se hace en virtud del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores. Sorprende que en muchas sentencias, aún encontrándose en el marco temporal de la LO 3/2007 de igualdad, no se articule el derecho por vía del artículo 34.8 del Estatuto de los trabajadores o ni siquiera se tenga en consideración.

b) Las sentencias que examinan el derecho relativo a la distribución del tiempo de trabajo para conciliar la vida familiar y laboral del trabajador/a en virtud del artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores. El problema del nuevo precepto del Estatuto de los Trabajadores, esto es, del apartado 8 del artículo 34, introducido por la LO 3/2007, es que los tribunales entienden que no concede un derecho tangible y unilateral por parte del trabajador/a a poder distribuir su tiempo de trabajo sin existir negociación colectiva o pacto individual con el empresario. Por ello, sería necesario una redacción del artículo 34.8 del ET que no diera lugar a interpretaciones que condicionen este derecho a la existencia de convenio colectivo o pacto con la empresa, sino que estableciera en qué supuestos cabe el desarrollo de dicho derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

IV. DESPIDO POR MATERNIDAD

a. Novedades que implica la Ley Orgánica 3/2007 respecto de la legislación anterior.

En este ámbito la Ley Orgánica 3/2007, a los efectos que nos interesa para este trabajo, introdujo escasas modificaciones, manteniendo la misma línea protectora iniciada por la Ley 39/1999. Las modificaciones fueron las siguientes:

- La incorporación de la situación de riesgo durante la lactancia natural, como supuesto en que el despido también es considerado nulo. Riesgo durante la lactancia natural cuya protección en sí también incorporó la propia Ley Orgánica 3/2007.
- La incorporación, en el mismo sentido anterior, de la referencia al permiso de paternidad.
- La inclusión, como un nuevo supuesto de despido nulo, del despido de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los períodos de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo/a.

Ello supone que, tras la Ley Orgánica 3/2007, y conforme a lo previsto en el artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores son nulos, salvo que se declare su procedencia por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos o excedencias, los despidos que afecten a:

- Trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho período.
- Trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión por maternidad y el de los trabajadores que hayan solicitado el permiso de lactancia, por nacimiento de hijos prematuros u hospitalizados tras el parto o la reducción de jornada por cuidado de hijos/as o familiares, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando de la excedencia por cuidado de hijos/as o de familiares.
- Trabajadores que se han reintegrado al trabajo al finalizar los períodos de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de 9 meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo/a.

b. La posición de los Tribunales

En este ámbito cabe destacar, ya inicialmente, varios elementos:

1) En bastantes sentencias el debate judicial se centra en la situación siguiente: la empresa despide a una trabajadora, alegando motivos como la disminución del rendimiento, la finalización del contrato temporal, la falta de asistencia al trabajo o la no realización de la obra o proyecto, y ésta está embarazada, discutiéndose si, para que el despido sea nulo, conforme a lo previsto en el artículo 55.5.b) del Estatuto de los Trabajadores, es necesario que el empresario, de forma directa o indirecta, tenga conocimiento del embarazo.

En este marco cabe destacar, desde una perspectiva positiva, que la respuesta de los Tribunales está siendo muy favorable a la protección de los derechos de la trabajadora embarazada, siguiendo al respecto, de forma unánime (en bastantes casos de forma literal, al limitarse la sentencia del Tribunal Superior de Justicia a recoger sus fundamentos), la doctrina contenida en la STC 92/2008, donde, como es conocido, el Tribunal Constitucional señala que no existe la obligación de comunicar la situación de embarazo al empresario –comunicación que incluso afectaría al derecho a la intimidad de la trabajadora– y que, en consecuencia, si el empresario no logra probar que existen razones motivadas para el despido ajenas al embarazo, el despido será nulo, aunque el empresario desconociera tal situación. Por tanto, en estos supuestos el despido sólo puede ser calificado como procedente o nulo, nunca como improcedente.

Esta situación se plantea y resuelve en los términos apuntados –como despido nulo– en las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Castilla y León de 18 de septiembre de 2008¹¹⁶; de Castilla La Mancha de 30 de abril de 2009¹¹⁷; de Galicia de 7 de mayo de 2009¹¹⁸, 29 de septiembre de 2008¹¹⁹ y 19 de noviembre de 2008¹²⁰ de Canarias de 16 de enero de 2009¹²¹, 31 de julio de 2008¹²² y 28 de noviembre de 2008¹²³; de Madrid de

116 Referencia 3638/2008.

117 Referencia 1369/2009.

118 Referencia 3637/2009.

119 Referencia 4760/2008.

120 Referencia 7010/2008.

121 Referencia 365/2009.

122 Referencia 4103/2008.

123 Referencia 4586/2008.

10 de noviembre de 2009¹²⁴, 27 de octubre de 2008¹²⁵, 16 de diciembre de 2008¹²⁶, 26 de noviembre de 2008¹²⁷, 10 de julio de 2009¹²⁸ y 28 de septiembre de 2009¹²⁹; y del País Vasco de 13 de enero de 2009¹³⁰. También como sentencia relevante pero vinculada al caso de las empleadas de hogar cabe citar la STSJ de Madrid de 24 de noviembre de 2008¹³¹.

A modo de ejemplo, en la STSJ de Castilla La Mancha de 30 de abril de 2009¹³² se afirma que: *“Circunstancia la indicada que hace necesario traer a colación el novedoso criterio sobre el particular mantenido por el Tribunal Constitucional en su Sentencia nº 92/2008, de 21 de julio (Rec. 6595/2006), en la cual, además de concluir en el sentido de no ser necesario el conocimiento por el empresario del estado de gestación de la mujer trabajadora para poder apreciar la vulneración de derechos fundamentales en el despido de la misma, también se razona en el sentido de que el despido de una mujer trabajadora durante su estado de embarazo, en el que no se constate la efectiva procedencia del mismo, deberá ser catalogado como nulo, pronunciamiento que se sustenta en el hecho de que “la modificación que introdujo la Ley 39/1999 consistió en añadir, a la precedente cláusula de nulidad de los despidos discriminatorios o con vulneración de derechos fundamentales, diversos supuestos de nulidad relacionados con el embarazo, la maternidad y el disfrute de determinados permisos parentales. Dichas modificaciones se introdujeron por el legislador, como señala expresamente la exposición de motivos de la Ley, con objeto de completar la transposición a la legislación española de las directrices marcadas por diversas normas internacionales y comunitarias –citándose, expresamente, las Directivas del Consejo 92/85/CEE, de 19 de octubre de 1992 (LCEur 1992598), relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, y 96/34/CE, del Consejo, de 3 de junio de 1996 (LCEur 1996756), relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, y la Declaración de los Estados reunidos en la IV Conferencia mundial sobre las mujeres, celebrada en Pekín en septiembre de 1995–, superando los niveles mínimos de protección previstos en las mismas. La propia exposición de motivos enmarca dichas medidas en los derechos y principios contenidos en los arts. 14, 39.1 y 9.2 de la Constitución.” A lo cual se añade: “que nada en el art. 55.5.b) LET (RCL 199597) permite apreciar que el legislador haya establecido como*

124 Referencia 13762/2009.

125 Referencia 19354/2008.

126 Referencia 24031/2008.

127 Referencia 24064/2008.

128 Referencia 5449/2009.

129 Referencia 9292/2009.

130 Referencia 1069/2009.

131 Referencia 22108/2008.

132 Referencia 1369/2009.

exigencia para la declaración de nulidad de los despidos no procedentes efectuados durante el periodo de embarazo de una trabajadora la acreditación del previo conocimiento del embarazo por el empresario que despide y, menos aún, el requisito de una previa notificación por la trabajadora al empresario de dicho estado. Antes al contrario, todos los criterios de interpretación gramatical, lógica y teleológica aplicables (art. 3.1 del Código Civil [LEG 18897]) además del criterio último y superior, que es el de interpretación conforme a la Constitución, conducen a considerar que, como sostienen la demandante y el Ministerio Fiscal, la nulidad del despido tiene en el art. 55.5.b) LET un carácter automático, vinculado exclusivamente a la acreditación del embarazo de la trabajadora y a la no consideración del despido como procedente por motivos no relacionados con el mismo.” Así como que la Ley 39/1999 (RCL 1999800), denominada «de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras» lo que hizo fue añadir “al supuesto de nulidad ya contemplado en el art. 55.5 LET para el caso de despidos discriminatorios o con vulneración de derechos fundamentales, un nuevo supuesto que, en lo que aquí interesa, declara también la nulidad («será también nulo» dice la Ley) del despido de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta la del comienzo del periodo de suspensión, salvo que se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo. Y lo hace sin contemplar requisito específico alguno ni de comunicación previa del embarazo al empresario (a diferencia de lo que contempla la Directiva comunitaria), ni de conocimiento previo por parte de éste, por cualquier otra vía, del hecho del embarazo. Tanto el sentido propio de las palabras, al enunciar un nuevo supuesto de nulidad adicional al previsto en el párrafo primero, al no contemplar otra excepción o condición a la declaración de nulidad que la procedencia del despido (ni siquiera la acreditación de una causa real, suficiente y seria, no discriminatoria, aún improcedente) y al delimitar el ámbito temporal de la garantía por referencia a «la fecha de inicio del embarazo» (ni siquiera a la fecha en que el embarazo sea conocido por la propia trabajadora, menos aún por el empresario), como la interpretación contextual del precepto en su relación con el párrafo primero— inmodificado— del mismo y la referida a la necesaria finalidad de innovación del ordenamiento jurídico que debe perseguir toda reforma legal, conducen a una interpretación del precepto como configurador de una nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación contemplada en el párrafo primero y que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación.” Concluyendo en el sentido de que por el legislador se ha venido a configurar un “mecanismo de garantía reforzada en la tutela de las trabajadoras embarazadas, reforzamiento que posee, además, una clara relevancia constitucional.” Así como que “Exonerar de esta prueba del conocimiento del embarazo y, con ella, de toda obligación de declaración previa, sustituyéndola por la prueba en caso de despido de un hecho físico objetivo como es el embarazo en sí, constituye, sin duda, una medida de fortalecimiento de las garantías frente al despido de la trabajadora embarazada, al tiempo que plenamente coherente con el reconocimiento de su derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE).” Doctrina Constitucional la expuesta, asumida por el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 17–10–2008 (Rec. 1957/2007) y de

16-01-2009 (Rec. 1758/2008) , que igualmente debe ser de aplicación al caso que nos ocupa, y en base a ella, una vez apreciada la efectiva ilegalidad del cese de la actora, dado el carácter indefinido de la vinculación laboral derivado de la contratación en fraude de Ley, y por lo tanto la imposibilidad de cesar a la misma en virtud de una supuesta terminación del tiempo de duración del contrato, se impone la caracterización de su cese como despido nulo, con las consecuencias legales a ello inherentes de conformidad con lo dispuesto en el art. 55.6 del ET, esto es, la inmediata readmisión de la accionante en su puesto de trabajo, con abono de los salarios dejados de percibir...”

Cabe citar también algunas sentencias que llegan al mismo resultado, pero son anteriores a la STC 92/2008: es el caso de las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Castilla La Mancha de 5 de febrero de 2008¹³³, de Madrid de 26 de mayo de 2008¹³⁴, de Murcia de 23 de enero de 2008¹³⁵, del País Vasco de 18 de marzo de 2008¹³⁶ y 30 de septiembre de 2008¹³⁷ y de La Rioja de 24 de junio de 2008¹³⁸.

En algún caso, no obstante, se consideran probadas las razones alegadas por el empresario, considerándose el despido como procedente: así, STSJ de Galicia de 19 de noviembre de 2008 en un caso de despido objetivo¹³⁹, sentencias de los TSJ de Murcia de 26 de febrero de 2008¹⁴⁰ y del País Vasco de 9 de julio de 2009¹⁴¹ para el supuesto de finalización del contrato de trabajo por agotamiento del plazo previsto y STSJ de Madrid de 7 de abril de 2008¹⁴² para un caso de despido por falta de rendimiento.

Cabe destacar, asimismo, que las reclamaciones se han planteado tanto en el sector privado como en el marco de las Administraciones Públicas.

2) Aunque no son frecuentes, algunas sentencias reconocen, junto con la declaración de nulidad del despido, el derecho de la trabajadora afectada a percibir una indemnización por daños y perjuicios, por vulneración de un derecho fundamental, utilizándose criterios diferentes para cuantificar dicha indemnización.

133 Referencia 1146/2008.

134 Referencia 8998/2008.

135 Referencia 473/2008.

136 Referencia 1223/2008.

137 Referencia 2358/2008.

138 Referencia 48/2008.

139 Referencia 7326/2008.

140 Referencia 411/2008.

141 Referencia 2863/2009.

142 Referencia 3196/2008.

Así, en la STSJ de Castilla La Mancha de 5 de febrero de 2008¹⁴³ se afirma que: “... Finalmente, en cuanto a la cuestión del derecho a una indemnización por el daño ocasionado en el derecho fundamental por la decisión espúrea de la empleadora, sin necesidad de tener que entrar en la polémica doctrinal y jurisprudencial de si, toda lesión de un derecho fundamental comporta de modo automático o no, el derecho a una indemnización compensatoria de la lesión –tesis la afirmativa que parece la más acertada a la envergadura de la lesión y al alcance del derecho protegido, puesto que en otro caso la reacción protectora del derecho fundamental queda en una mera declaración hueca y vacía de todo contenido eficaz y reparador–, es lo cierto que, en el caso, ha existido la lesión que fue denunciada, se acredita la envergadura de la misma, y se utiliza un parámetro razonable para determinar el alcance cuantitativo de la indemnización reparadora del daño producido, como es la remisión a la escala sancionadora de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, que para la producida, entendida meramente como discriminación por razón de sexo, establece (artículo 40,1,c, en relación con el artículo 8,12 de la misma), sanciones que pueden oscilar entre 3.005,07 y 90.151,82 euros, dentro de cuyo campo de determinación, la acordada en la Sentencia de 20.000 euros entra dentro de lo que es razonable, a los efectos de cumplir con la doble finalidad indemnizatoria y disuasoria. Y es un elemento de comparación que ha sido tenido en cuenta como admisible por la doctrina jurisprudencial –junto a cualquier otro que también pueda ser razonado y razonable–, en general, a efectos de la determinación de la cuantía indemnizatoria consecuencia de un daño derivado de vulneración contractual. Por lo que procede igualmente desestimar esta alegación contenida en el recurso, con la consiguiente desestimación del mismo y confirmación de la Sentencia de instancia...”¹⁴⁴.

También se refiere a la indemnización por daños y perjuicios, aunque no la reconoce finalmente, la STSJ de Madrid de 10 de noviembre de 2009¹⁴⁵. En este tema cabe destacar que parece existir un cierto desconocimiento sobre la posibilidad –abierta por la Ley Orgánica 3/2007– de solicitar, junto con la declaración del despido nulo, una indemnización por daños y perjuicios por vulneración de un derecho fundamental, lo que resulta sorprendente.

3) Alguna sentencia con un criterio muy protector y acorde con la finalidad de la Ley Orgánica 3/2007, entiende que existe discriminación y reconoce el derecho a indemnización por daños y perjuicios en el caso de una trabajadora a la que, en situación de riesgo de aborto, se le modifican las condiciones de trabajo y se le rebaja el sueldo. Se trata de la STSJ de Galicia de 23 de octubre de 2009¹⁴⁶.

143 Referencia 1146/2008.

144 También SSTSJ de Galicia de 23 de octubre de 2009, referencia 9040/2009 y de Madrid de 8 de octubre de 2008, referencia 24100/2008.

145 Referencia 13762/2009.

146 Referencia 9040/2009.

4) Especialmente relevante resulta la STSJ de Madrid de 8 de octubre de 2008¹⁴⁷, donde se califica como nulo el despido de una trabajadora por inasistencia, ya que tal inasistencia se debe al sometimiento a un tratamiento de fecundación in vitro. Resulta relevante esta decisión por cuanto el artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores no incorpora, bajo su protección directa, este tipo de situaciones.

Así, se afirma que: “... 50. Es cierto que los trabajadores de ambos sexos pueden verse temporalmente impedidos para efectuar su trabajo debido a tratamientos médicos a los que han de someterse. Sin embargo, las intervenciones de que se trata en el asunto principal, es decir, una punción folicular y la transferencia al útero de la mujer de los óvulos extraídos de esta punción inmediatamente después de su fecundación, sólo afectan directamente a las mujeres. De ello se sigue que el despido de una trabajadora basado fundamentalmente en el hecho de que ésta se somete a esta etapa esencial de un tratamiento de fecundación in vitro constituye una discriminación directa basada en el sexo. 51. Admitir que un empresario pueda despedir a una trabajadora en circunstancias como las del asunto principal sería por lo demás contrario al objetivo de protección que persigue el artículo 2, apartado 3, de la Directiva 76/207, en la medida en que, ciertamente, el despido se base esencialmente en el tratamiento de fecundación in vitro y, en particular, en las intervenciones específicas, mencionadas en el apartado precedente, que dicho tratamiento implica. 52. En consecuencia, los artículos 2, apartado 1, y 5, apartado 1, de la Directiva 76/207 se oponen al despido de una trabajadora que, en circunstancias como las del asunto principal, se encuentra en una fase avanzada de un tratamiento de fecundación in vitro, es decir, entre la punción folicular y la transferencia inmediata de los óvulos fecundados in vitro al útero de dicha trabajadora, en la medida en que se demuestre que este despido se basa esencialmente en el hecho de que la interesada se ha sometido a tal tratamiento. 53. A la luz de las anteriores consideraciones, procede responder a la cuestión planteada que la Directiva 92/85 y, en particular, la prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas establecida en el artículo 10, punto 1, de esta Directiva deben interpretarse en el sentido de que no se aplican a una trabajadora sometida a una fecundación in vitro cuando, en el momento en que se le notifica el despido, ya ha tenido lugar la fecundación de los óvulos de esta trabajadora con los espermatozoides de su pareja, de modo que existen óvulos fecundados in vitro, pero éstos no han sido aún transferidos al útero de la mujer. 54. No obstante, los artículos 2, apartado 1, y 5, apartado 1, de la Directiva 76/207 se oponen al despido de una trabajadora que, en circunstancias como las del asunto principal, se encuentra en una fase avanzada de un tratamiento de fecundación in vitro, es decir, entre la punción folicular y la transferencia inmediata de los óvulos fecundados in vitro al útero de dicha trabajadora, en la medida en que se demuestre que este despido se basa esencialmente en el hecho de que la interesada se ha sometido a tal tratamiento.” Doctrina plenamente aplicable en tanto la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, tal y como pone de manifiesto en su exposición de motivos, incorpora al ordenamiento español dos directivas en materia de igualdad de trato,

147 Referencia 24100/2008.

la 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; y la Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro, proscribiendo el artículo 6 de dicha Ley, cualquier discriminación por razón de sexo, siendo evidente que en el presente caso el despido de la trabajadora se he producido como consecuencia del tratamiento de reproducción asistida al que estaba siendo sometida, con prescripción de reposo absoluto desde el día 26 de noviembre de 2007, y, en tanto únicamente las mujeres son susceptibles de someterse a dicho tratamiento, el despido que se produce por tal causa es discriminatorio por razón de sexo, como correctamente ha entendido la Juzgadora a quo, y, consecuentemente nulo, conforme a lo dispuesto en el artículo 10 de la citada Ley Orgánica, y de acuerdo con el aludido artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores...”

Cabría plantearse, en su caso, la inclusión de la fecundación in vitro y otras situaciones similares en el marco de la protección recogida en el artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores.

5) Son pocas las sentencias que se centran en cuestiones vinculadas al despido o cese en la empresa tras una baja maternal: es el caso de las sentencias del TSJ de la Comunidad Valenciana de 7 de febrero de 2008¹⁴⁸ (trabajadora que no es contratada tras una baja maternal) y de Castilla y León de 9 de diciembre de 2009¹⁴⁹ (trabajadora que es despedida justamente tras agotarse los plazos de protección por maternidad previstos en el artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores).

A nuestro entender, no cabe interpretar, a la vista de los datos, que esta fase posterior al embarazo resulte menos problemática o más respetada en el marco empresarial, sino que probablemente se reclama menos judicialmente.

6) Tampoco resultan numerosas las reclamaciones que se realizan en relación con la fase inicial del contrato de trabajo, esto es, cuando, estando la trabajadora embarazada, se le comunica que no ha superado el correspondiente período de prueba, conforme a lo previsto en el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores.

En este ámbito, los Tribunales entienden, con un criterio acorde a la finalidad perseguida por la Ley Orgánica 3/2007, que esa decisión empresarial de rescindir el contrato de trabajo debe ser considerada un despido nulo, si no se logra probar que existe un motivo razonable que justifique tal decisión.

148 Referencia 304/2008.

149 Referencia 7544/2009.

Es el caso de las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Castilla La Mancha de 6 de abril de 2009¹⁵⁰ (despido nulo, aunque la empresa desconocía la situación de embarazo), de Navarra de 7 de marzo de 2008¹⁵¹ (despido nulo) y de Galicia de 10 de noviembre de 2009¹⁵² (rescisión del contrato considerada procedente al demostrar la empresa que el rendimiento laboral de la trabajadora no era el adecuado).

Y, 7) finalmente, en la línea judicial protectora antes apuntada se sitúa también la sentencia del TSJ de Andalucía de 2 de marzo de 2009¹⁵³, que extiende la protección del despido nulo al supuesto de una trabajadora embarazada, a pesar de resultar que el embarazo no llegaría a un buen término.

Así, se manifiesta que: *“El supuesto de hecho analizado, así concretado, tiene por ello encaje entre las previsiones del art. 55.5.b) del E.T., al margen de que el embarazo fuese o no conocido por el empleador, tal como así se argumenta en la STCo de 21-7-2008, EDJ 2008/130769. En efecto, y conforme en esta última se razona, en su F. de D. 8º, “Hemos así de señalar que nada en el art. 55.5.b) LET EDL 1995/13475 permite apreciar que el legislador haya establecido como exigencia para la declaración de nulidad de los despidos no procedentes efectuados durante el periodo de embarazo de una trabajadora la acreditación del previo conocimiento del embarazo por el empresario que despide y, menos aún, el requisito de una previa notificación por la trabajadora al empresario de dicho estado. Antes al contrario, todos los criterios de interpretación gramatical, lógica y teleológica aplicables (art. 3.1 CC) además del criterio último y superior, que es el de interpretación conforme a la Constitución, conducen a considerar que, como sostienen la demandante y el Ministerio Fiscal, la nulidad del despido tiene en el art. 55.5.b) un carácter automático, vinculado exclusivamente a la acreditación del embarazo de la trabajadora y a la no consideración del despido como procedente por motivos no relacionados con el mismo. La regulación legal de la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas constituye una institución directamente vinculada con el derecho a la no discriminación por razón de sexo proclamado en el art. 14 CE, por más que puedan igualmente hallarse vínculos de la misma con otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos”... “En aplicación de la doctrina de la prueba indiciaria establecida por este Tribunal, los Tribunales de Justicia y este Tribunal Constitucional en amparo han venido declarando la nulidad de aquellos despidos en los que, tras haberse aportado por la trabajadora un indicio razonable de vulneración de su derecho fundamental, no se hubiera acreditado por el empresario la existencia de una causa real suficiente y seria de extinción que acreditara que el despido era ajeno a un motivo discriminatorio, habiéndose exigido,*

150 Referencia 1092/2009.

151 Referencia 245/2008.

152 Referencia 9299/2009.

153 Referencia 2018/2009.

para entender aportado por la trabajadora el referido panorama indiciario, que se acreditara el conocimiento por la empresa del estado de embarazo, pues, como anteriormente señalábamos, difícilmente puede considerarse que posee un móvil discriminatorio aquel despido en el que quien despide desconoce la concurrencia del factor de diferenciación en que consiste la discriminación. Pues bien, es sobre este panorama legislativo y jurisprudencial consolidado sobre el que actuó la reforma del legislador de la Ley 39/1999, denominada “de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”. Y lo hizo, añadiendo al supuesto de nulidad ya contemplado en el art. 55.5 LET para el caso de despidos discriminatorios o con vulneración de derechos fundamentales, un nuevo supuesto que, en lo que aquí interesa, declara también la nulidad (“será también nulo” dice la Ley) del despido de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta la del comienzo del periodo de suspensión”, salvo que se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo. Y lo hace sin contemplar requisito específico alguno ni de comunicación previa del embarazo al empresario (a diferencia de lo que contempla la Directiva comunitaria), ni de conocimiento previo por parte de éste, por cualquier otra vía, del hecho del embarazo. Tanto el sentido propio de las palabras, al enunciar un nuevo supuesto de nulidad adicional al previsto en el párrafo primero, al no contemplar otra excepción o condición a la declaración de nulidad que la procedencia del despido (ni siquiera la acreditación de una causa real, suficiente y seria, no discriminatoria, aún improcedente) y al delimitar el ámbito temporal de la garantía por referencia a “la fecha de inicio del embarazo” (ni siquiera a la fecha en que el embarazo sea conocido por la propia trabajadora, menos aún por el empresario), como la interpretación contextual del precepto en su relación con el párrafo primero–inmodificado–del mismo y la referida a la necesaria finalidad de innovación del ordenamiento jurídico que debe perseguir toda reforma legal, conducen a una interpretación del precepto como configurador de una nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación contemplada en el párrafo primero y que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación”. En definitiva, y en aplicación de la mencionada doctrina, y sobre los citados presupuestos de hecho, lo que no cabe descartar es que en la fecha de producción del despido, el 11–3–2008, la trabajadora demandante estuviese aún embarazada, pese a las dificultades y demás circunstancias que rodearon el embarazo, por lo que hay que concluir que también le alcanza la mayor protección que en tales casos otorga el art. 55.5.b) del E.T., y que sólo puede ceder ante la acreditación de la procedencia del despido, a lo que renunció la empresa mediante el reconocimiento de su improcedencia..”

V. PROMOCIÓN PROFESIONAL

1. Metodología.

La búsqueda de sentencias se realizó en la base de datos del CENDOJ. La materia de búsqueda fueron sentencias sobre promoción profesional, en la jurisdicción social (ámbito laboral) dictadas en los años 2008 y 2009. Los tribunales respecto de los cuales se realizó la búsqueda fueron el Tribunal Supremo, los Tribunales Superiores de Justicia y las Audiencias Provinciales. Se combinaron los siguientes criterios de búsqueda:

- “Promoción”, igualdad efectiva, mujeres: 19 sentencias.
- “Promoción”, mujeres: 22 sentencias.
- Promoción, igualdad efectiva, mujeres: 19 sentencias.
- Promoción profesional, mujeres: 22 sentencias.

Como resultado de esta búsqueda, se encontraron un total de 82 sentencias, de las cuales finalmente 16, nueve del año 2008 y siete del año 2009, resultaban de interés en relación con el objeto de la investigación. El resto de sentencias fueron leídas y descartadas porque, si bien contenían el término “promoción” en su texto, la referencia al término no constituía el objeto principal del asunto y era tratado de forma anecdótica o residual.

2. Aspectos sustantivos de las sentencias

Como resultado del análisis más profundo de las mencionadas sentencias, hemos extraído las siguientes ideas y conclusiones:

1.1. Novedades que implica la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres

La exposición de motivos de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante, Ley para la Igualdad) hace una clara referencia a la legislación europea como fuente normativa y como impulso de las medidas para la igualdad contenidas en la Ley, al reconocer que *“Con amparo en el antiguo artículo 111 del Tratado de Roma, se ha desarrollado un acervo comunitario sobre igualdad de sexos de gran amplitud e importante calado, a cuya adecuada transposición se dirige, en buena medida, la presente Ley. En particular, esta Ley incorpora al ordenamiento español dos directivas en materia de igualdad de trato, la 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se*

refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; y la Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro”.

Respecto al establecimiento de medidas para favorecer la promoción profesional de las mujeres, con el objeto de paliar las históricas dificultades que han experimentado las mujeres en el acceso al empleo y a la promoción hacia puestos de poder y prestigio profesional, la Ley para la Igualdad establece medidas dirigidas a las empresas privadas así como a las administraciones públicas, y aborda también la adopción de políticas públicas dirigidas a mejorar la promoción profesional sin discriminación. En concreto, el artículo 5 establece que *“El principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, aplicable en el ámbito del empleo privado y en el del empleo público, se garantizará, en los términos previstos en la normativa aplicable, en el acceso al empleo, incluso al trabajo por cuenta propia, en la formación profesional, en la promoción profesional, en las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido, y en la afiliación y participación en las organizaciones sindicales y empresariales, o en cualquier organización cuyos miembros ejerzan una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas”.*

En cuanto al empleo público, el artículo 51 recoge, entre los principios de actuación de las administraciones públicas, el de *“facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, sin menoscabo de la promoción profesional”.*

El artículo 60, por otro lado, se refiere a acciones positivas en las actividades de formación de la administración y establece que *“Con el fin de facilitar la promoción profesional de las empleadas públicas y su acceso a puestos directivos en la Administración General del Estado y en los organismos públicos vinculados o dependientes de ella, en las convocatorias de los correspondientes cursos de formación se reservará al menos un 40% de las plazas para su adjudicación a aquellas que reúnan los requisitos establecidos”.*

En cualquier caso, se detecta que la acción de la Ley es mucho mayor en el ámbito del empleo público que en el privado, en el que remite a la negociación colectiva como marco en el que pueden negociarse y, en su caso, recogerse medidas empresariales relativas a la promoción profesional, sin carácter de obligatoriedad.

Como novedad interesante, se modifica la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social para incluir, entre las infracciones muy graves por parte de las empresas *“Las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos*

de parentesco con otros trabajadores en la empresa o lengua dentro del Estado español, así como las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación”¹⁵⁴.

Es importante señalar que las 16 sentencias analizadas de tribunales españoles citaban la Ley para la Igualdad, a excepción de dos de ellas, en las que sólo se menciona el Estatuto de los Trabajadores.

1.2. Aplicación de la normativa y de la jurisprudencia europea e internacional en las resoluciones españolas de promoción

Es importante tener en cuenta que gran parte de las sentencias analizadas hacen mención de la normativa y jurisprudencia europeas. No obstante, no realizan una interpretación de la misma.

Así, un total de 8 sentencias hacen referencia a la normativa comunitaria e internacional en materia de igualdad; sin embargo, sólo en una de ellas, la sentencia Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Cataluña 5220/2008, se puede encontrar un análisis más profundo de lo dispuesto en las normas internacionales:

“Cabe recordar, en este marco, que la Directiva 2002/73/CE no extiende ya únicamente sus tutelas en el terreno meramente retributivo, sino que contempla también un manto de igualdad para las condiciones de acceso al empleo en todos los niveles profesionales de las empresas, el acceso a la orientación y formación profesional y el reciclaje profesional (art. 3.1 de la Directiva 76/207/CE tras el redactado dado por aquella otra norma comunitaria). Se trata, además, de una plasmación específica del contenido del art. 11.1 de la Convención para la eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer de la ONU, de 1979”¹⁵⁵.

En la misma sentencia, el TSJ de Cataluña hace una clara alusión al hecho de que la normativa española en materia de igualdad bebe de fuentes europeas, estableciendo que:

“(…) Esta consideración, sin embargo, no empece que dicho redactado sea plenamente aplicable al supuesto analizado, en tanto que redacciones normativas similares son apreciables en textos

154 Disposición adicional decimocuarta de la Ley Orgánica 3/2007, que modifica el apartado 12 del artículo 8 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

155 Sentencia 4003/2008 del TSJ de Cataluña, de 15 de mayo, FJ5. Referencia CENDOJ STSJ CAT 5220/2008.

legales previos, así como en las sucesivas Directivas comunitarias que han abordado la igualdad por razón de género en el ámbito laboral (art. 2 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, tras la modificación efectuada por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002) y, también, en la propia doctrina del Tribunal Constitucional. Dicha cita legal, por tanto, no tiene tanto por objeto la aplicación de una Ley –que no es aplicable como tal– sino la concreción conceptual referida¹⁵⁶.

Dicha sentencia muestra un buen manejo por parte del Tribunal de la jurisprudencia emanada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en materia de igualdad en el ámbito laboral, citando varias de sus decisiones y apoyándose en dicha jurisprudencia para explicar sus argumentos:

“La doctrina del TJCEE viene insistiendo con reiteración que el principio de igualdad de trato en materia contractual laboral por razón de género pasa por la consideración de que no pueden tratarse en forma diferenciada situaciones que son comparables, a menos que este trato esté objetivamente justificado. Es ésta una tendencia consagrada desde el conocido asunto Defrenne II (43/75, de 8 de abril de 1976).

Ese mismo Tribunal de Justicia ha declarado igualmente de forma reiterada que la Directiva 76/207/CEE tiene la finalidad esencial de facilitar la aplicación concreta del principio de igualdad de retribución (en relación al anterior artículo 119 del Tratado) y no afecta en absoluto al contenido ni al alcance de dicho principio, tal como lo define el derecho originario en sus diferentes versiones (véanse, sobre todo, la sentencia de 17 de mayo de 1990, Barber, C–262/88), de manera que los conceptos utilizados tanto por dichas normas “constitutivas” como por la Directiva tienen el mismo significado (véase, en lo que respecta al concepto de «retribución», la sentencia de 9 de febrero de 1999, Seymour–Smith y Pérez, C–167/97, y la de «mismo trabajo», la sentencia de 11 de mayo de 1999, Angestelltenbetriebstrat der Wiener Gebietskrankenkasse, C–309/97).

Entendido de esta forma, el principio fundamental enunciado en el antiguo artículo 119 y precisado por la Directiva prohíbe toda discriminación en materia de retribución entre un trabajador y una trabajadora, para un mismo puesto de trabajo o un trabajo de valor igual, cualquiera que sea el mecanismo que determine esa desigualdad (véase la sentencia Barber, antes citada), a menos que la diferencia de retribución se justifique por razones objetivas, ajenas a toda discriminación por razón de sexo (véanse, en particular, las sentencias de 27 de marzo de 1980, Macarthys, 129/79, de 17 de junio de 1998, Hill y Stapleton, C–243/95 o 26 de junio de 2001, Schintgen, C–381/99).

156 Sentencia TSJ de Cataluña núm. 4003/2008, de 15 de mayo, FJ5.

La noción de “trabajo de igual valor”, a fin y efecto de determinación del parámetro objetivo sobre el que se incardina el juicio de igualdad de paridad retributiva se halla recogida en variadas normas internacionales. Así, en el ámbito comunitario, el inicial art. 19 del Tratado de Roma contemplaba esa equiparación, como también fue recogido en la Directiva 75/117/CE. No está de más recordar, en este sentido, que el texto del art. 28 TRLET tuvo en su día que ser modificado por la Ley 33/2002, de 5 de julio, a fin y efecto de introducir en nuestro ordenamiento los criterios de paridad comunitarios, reforzando la noción de “trabajo de igual valor”, hasta aquel momento limitada –con el precedente de la Ley 11/1994– en textos legales, en relación con las discriminaciones indirectas”¹⁵⁷.

Resulta llamativo que en ningún otro caso entre los analizados hemos encontrado una aportación más amplia o novedosa por parte de los y las magistradas de los tribunales españoles, desarrollando algún concepto que en la ley queda indeterminado o realizando alguna interpretación jurídica que concrete el modo de aplicar dichos conceptos.

En este sentido, la jurisprudencia española en materia de igualdad aplicada al mundo laboral no parece tener apenas en cuenta la jurisprudencia emanada de las instancias judiciales europeas tales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al que se cita únicamente en tres de las sentencias, concretamente en la ya mencionada sentencia del TSJ de Cataluña 5220/2008; en la sentencia del TSJ de Madrid 2109/2009; y en la sentencia del TSJ de Aragón 1820/2008. Esta última, precisamente, explica que:

“No está de más precisar, en este orden de cosas, que precisamente la comentada opacidad puede convertirse en un elemento que, en sí mismo considerado, contribuya a consolidar la conclusión discriminatoria. Así lo pone de relieve la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 30.6.1988 (Comisión contra la República Francesa), en la que se condenó un sistema de selección caracterizado por la falta de transparencia como contrario al principio de igualdad de acceso al empleo, por cuanto esta falta de transparencia impedía toda forma de control por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales. Y en parecidos términos la sentencia de 17.10.1989 (asunto Handels-og Kontorfunktionaerernes/Dansk Arbejdsgiverforening), en la que atribuyéndose a un mecanismo empresarial de incrementos individuales de salarios, caracterizado por su falta total de transparencia, el efecto de un perjuicio sistemático para los trabajadores femeninos, se concluye que «el empresario deberá indicar cómo ha aplicado los criterios de incremento y ello le llevará a hacer transparente su sistema retributivo»”¹⁵⁸.

La misma sentencia argumenta “(...) Como en el tema de la carga de la prueba, la novedad es también aquí relativa, pues se trata de una definición que aparece ya en la Directiva

157 *Ibidem*.

158 Sentencia TSJ de Aragón núm. 1001/2008, de 19 de diciembre, FJ8.

2002/73/CEE, de 23 de septiembre (modificadora de la 76/207/CEE, de 9 de febrero) y pasa después a la Directiva de refundición 2006/54/CE, de 5 de julio, y que se ha venido utilizando también, como destaca la sentencia aquí recurrida, en distintas instancias judiciales de forma reiterada: sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 24.2.1994 (Roks y otros), 14.12.1995 (Megner y Scheffel), 17.6.1998 (Hill y Stapleton/The Revenue Commissioners), 9.2.1999 (Nicole Seymour-Smith y Laura Pérez), etc.”¹⁵⁹.

2. Análisis en profundidad de las sentencias

2.1. Lenguaje

El lenguaje utilizado en las sentencias conserva, por lo general, un carácter sexista, tanto por la sistemática utilización del masculino como genérico, como por la ausencia de sensibilidad y empatía hacia las cuestiones de género.

Un ejemplo que ilustra el uso de lenguaje no inclusivo en algunas sentencias es “Según la CAI, de Enero a Junio de 2008 se han producido 12 nombramientos de nuevos Directores, Subdirectores y Apoderados de oficinas, de los cuales 7 han sido para hombres y 5 para mujeres”¹⁶⁰. Otros ejemplos son: “La actora presta servicios como auxiliar administrativo para la empresa...”¹⁶¹ en lugar de “auxiliar administrativa”; la utilización del término “jefe” en lugar de “jefa”: “Dos Jefes de Equipo y tres Encargadas que ingresaron también en los años 70 en las categorías más bajas de producción, habiendo ascendido las dos primeras en 1976 y 1979, otra en 1986, y las dos últimas en 1991 y 1995, respectivamente”¹⁶². En la misma sentencia todos los puestos de trabajo, a pesar de tratarse de mujeres, están enunciados en masculino: “Técnico de Control de Calidad”, “Ayudante técnico”, etc. El uso de las profesiones en género masculino, a pesar de contar con un número, en ocasiones, mayor de mujeres que de varones, es generalizado en todas las sentencias analizadas: “Los puestos directivos son ocupados por hombres y mujeres de la siguiente manera a fecha 31-10-07: Directores, 9 mujeres, 145 hombres. Subdirectores 16 mujeres, 99 hombres. Apoderados 12 mujeres, 12 hombres”¹⁶³.

Por otro lado, es frecuente en todas ellas el uso constante de “los trabajadores” para referirse al conjunto de trabajadoras y trabajadores.

159 Sentencia del TSJ de Aragón núm. 1001/2008, de 19 de diciembre, FJ9.

160 Sentencia del TSJ de Aragón núm. 1001/2008, de 19 de diciembre, antecedente 2.

161 Sentencia del TSJ de Andalucía número 1173/2008, de 3 de abril, FJ 1. Referencia CENDOJ STSJ AND 12537/2008.

162 Sentencia del TSJ de Cataluña número 3331/2008, de 17 de abril. Referencia CENDOJ STSJ CAT 3935/2008.

163 Sentencia del TSJ de Aragón número 1001/2008, de 19 de diciembre. Referencia CENDOJ STSJ AR 1820/2008.

2.2. Conceptos

Los tribunales españoles parecen tener dificultades para entender y aplicar aquellos conceptos referentes a la igualdad entre mujeres y hombres y a la no discriminación por género.

Así, encontramos en sus enjuiciamientos interpretaciones contradictorias e imprecisas, lo que impide que haya una definición clara de aquellos conceptos más complejos para los y las magistradas, tales como discriminación indirecta o inversión de la carga de la prueba en aquellos procesos que se inician por discriminación por razón de sexo.

La sentencia del TSJ de Aragón, de 24 de junio de 2009, hace un buen análisis de las causas históricas de la discriminación al establecer que:

“La prohibición de discriminación representa un explícito rechazo de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado a sectores de la población, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones no solo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 de la Constitución”. Sin embargo, contrapone la defensa de este derecho fundamental a la autonomía de los empresarios de la siguiente forma: *“El art 14 de la Constitución no impone en el ámbito de las relaciones laborales una igualdad de trato en sentido absoluto, pues la eficacia en este ámbito del principio de la autonomía de la voluntad deja margen para que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario en ejercicio de sus poderes de organización en la empresa, pueda libremente disponer la retribución del trabajador, respetando los mínimos legales o convencionales a falta de un principio jurídico del que derive la necesidad de un trato igual a ese nivel. Por tanto, los acuerdos privados o las decisiones unilaterales del empresario, no pueden considerarse como vulneradores del principio de igualdad, salvo que la diferencia salarial tenga un significado discriminatorio por incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución o el Estatuto de los Trabajadores¹⁶⁴”.*

Finalmente, en el fallo de la sentencia, no se considera probada la existencia de discriminación:

“el hecho del no abono del plus de transporte a los trabajadores con reducción de jornada del centro de Montañana, en tanto que se abona a los trabajadores con reducción de jornada del centro de La Cartuja y a los trabajadores a tiempo parcial de la empresa, no se funda en alguno de los legales factores de discriminación: sexo, estado civil, edad, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, afiliación sindical, lengua o disminuciones físicas, psíquicas y sensoriales, porque ni consta probado ni existen indicios de que, entre ambos grupos de trabajadores exista al respecto otro dato diferencial, causante del distinto trato, que la

164 Sentencia del TSJ de Aragón 506/2009, de 24 de junio de 2009, FJ 3. Referencia CENDOJ STSJ AR 896/2009.

localización en uno u otro centro de trabajo, de los trabajadores con reducción de jornada. La empresa da un trato diferente o desigual a dicho grupo de trabajadores por razón de su empleo en un centro de trabajo, el de Montañana, y no en otro, el de La Cartuja. Este es el motivo del diferente trato, y, como tal, no encierra factor legal de discriminación alguno.”¹⁶⁵.

Parece que en este caso, el Tribunal elude pronunciarse acerca de la posible discriminación indirecta que dicha medida puede implicar, dado que las personas con reducción de jornada son mayoritariamente mujeres.

Se ha detectado asimismo cierta confusión en la interpretación de los indicios probatorios, entendidos en algunas sentencias como simples generadores de una razonable sospecha o apariencia que pueda servir de sustento de la alegación de discriminación presentada. Sin embargo, para la mayoría de magistrados y magistradas este indicio debe ser un auténtico fundamento de discriminación, por lo que la inversión de la carga de la prueba que establece la legislación pocas veces se aplica, lo que supone que es finalmente la demandante la que debe probar lo alegado.

Un ejemplo de esto lo encontramos en la sentencia del TSJ de Madrid, de 22 de abril de 2009, que, en alusión a la inversión de la carga de la prueba en casos en los que se alega discriminación establece que:

“De acuerdo con las leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón de sexo, corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad. (...) La redacción del apartado 1 es confusa, pues según su tenor literal podría parecer que suprime la exigencia de aportar indicios de discriminación, y que sería suficiente la mera alegación. Pero esa interpretación privilegiaría injustificadamente la discriminación por razón de sexo respecto de las que obedezcan a otras causas, sin que exista razón alguna que justifique un trato procesal distinto para la discriminación basada en el sexo en comparación con la discriminación debida a cualquier otro factor. De otro lado, puede entenderse que la alusión a que las alegaciones “se fundamenten” en actuaciones discriminatorias, está exigiendo de forma implícita que la alegación sea algo más que eso, que incluya un fundamento o lo que sería lo mismo, un indicio de discriminación.”¹⁶⁶.

Pronunciándose de forma diferente al TJUE, que en alguna de sus decisiones ha considerado que la falta de transparencia empresarial en cuanto al sistema retributivo interno es un indicio de que puede existir discriminación, recayendo sobre la empresa

165 *Ibidem*, FJ 7.

166 Sentencia del TSJ de Madrid 274/2009, de 22 de abril, FJ 2. Referencia CENDOJ STSJ MAD 2109/2009.

la carga de demostrar que dicho sistema no es discriminatorio¹⁶⁷, el TSJ de Madrid determina que:

“La inexistencia de documentos en los que se hayan plasmado por escrito los criterios de la empresa para el ascenso por libre designación, cuestión a la que aluden los recursos, no debe considerarse un factor decisivo, ya que no existe norma legal ni convencional que obligue a que esos criterios consten por escrito, y lo relevante es que los criterios existan y se apliquen con habitualidad, y que no sean discriminatorios de forma directa ni indirecta. La discriminación indirecta se alega en el siguiente motivo, por lo que a su estudio nos remitimos.¹⁶⁸”

En las sentencias analizadas, sólo la sentencia del TSJ de Aragón, de 19 de diciembre de 2008, hace un análisis de dicho principio. En efecto, en su sentencia el Tribunal confirma que:

“en el marco procesal en que se desenvuelve el presente proceso existe una norma que con claridad marca la pauta a seguir en orden a la distribución del “onus probandi”, como es el artículo 13.1 de la Ley Orgánica 3/2007, según cuyo tenor “de acuerdo con las Leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias, por razón de sexo, corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad”. Norma que, por lo demás, tampoco constituye novedad, pues no deja de ser plasmación de un arraigado criterio que se viene reiterando en profusión de sentencias del Tribunal Constitucional (por todas, para el caso de discriminación por razón del sexo, la nº 233/2007, de 5 noviembre) y que tiene también manifestación concreta en el artículo 96 de la Ley de Procedimiento Laboral.

En el presente caso, no se precisa pues la prueba plena que parece requerir la recurrente y a cuya inexistencia van dirigidos los reparos sobre la suficiencia de datos estadísticos aportados. Basta la acreditación indiciaria que el recurso parece admitir y que, desde luego, fluye sobradamente de los ordinales 2º, 3º, 4º y 5º del relato fáctico de la sentencia, para que se desplace sobre empresa demandada la carga de justificar que la política de nombramientos, promoción profesional y acceso a los niveles retributivos más altos del Convenio Colectivo aplicable de sus empleados es ajena por completo a la discriminación sexista que se denuncia, y partiendo de esa base no cabe sino llegar a la misma conclusión que la sentencia recurrida, porque aunque primen en el Convenio Colectivo criterios de libre designación de su personal para acceder a los Niveles I a VI, y la entidad demandada no esté obligada a seguir en su práctica ningún proceso público de selección, la falta de información a través de la prueba

167 En tal sentido se pronunció el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia del 17 de octubre de 1989, en el asunto C-109/88 Danfoss.

168 Sentencia del TSJ de Madrid 274/2009, de 22 de abril, FJ 2. Referencia CENDOJ STSJ MAD 2109/2009.

*practicada a su instancia de las reglas (aun internas) seguidas, fuera de la enfática invocación de los principios de capacidad y mérito, impide dar por sentado que la evidente desproporción existente en los nombramientos de mujeres, respecto de los hombres, obedece a una causa objetiva y válida.”*¹⁶⁹,

Además, afirma que esta norma es plasmación de un criterio reiterado del Tribunal Constitucional, y añade que en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón de sexo, corresponde a la parte demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad. Por tanto, ante indicios de discriminación, se desplaza sobre la empresa demandada la carga de probar que los hechos motivadores de sus decisiones son legítimos o que se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales, como el derecho a la igualdad. En su decisión, el TSJ cita jurisprudencia del TJUE y, entre otras, la sentencia del asunto Danfoss.

En sólo una de estas sentencias, la ya mencionada sentencia del TSJ de Aragón¹⁷⁰, ha sabido ver el tribunal que detrás de una medida, en principio neutra, pero que afecta a mayor número de trabajadoras que de trabajadores, se encuentra una discriminación indirecta¹⁷¹. En las restantes sentencias, nos encontramos con que son recurrentes los argumentos justificadores de las medidas adoptadas por las empresas, en perjuicio de la mujer discriminada.

Por ejemplo, la sentencia del TSJ de Cataluña, de 15 de mayo de 2008, introduce un concepto de discriminación indirecta algo confuso: *“El otro tipo, indirecto, consistente en el establecimiento de criterios de encuadramiento no neutros, de tal manera que las categorías superiores son básicamente masculinas, realizando, empero, ambos niveles trabajos equiparables.”*¹⁷². Asimismo entiende el TSJ que *“Entendido de esta forma, el principio fundamental enunciado en el antiguo artículo 119 y precisado por la Directiva prohíbe toda discriminación en materia de retribución entre un trabajador y una trabajadora, para un mismo puesto de trabajo o un trabajo de valor igual, cualquiera que sea el mecanismo que determine esa desigualdad (véase la sentencia Barber, antes citada), a menos que la diferen-*

169 Sentencia del TSJ de Aragón 1001/2008, de 19 de diciembre, FJ 8. Referencia CENDOJ STSJ AR 1820/2008.

170 *Ibidem*.

171 Sentencia del TSJ de Aragón 1001/2008, de 19 de diciembre, FJ9: *“poca duda cabe de la aptitud de la comentada práctica de libre designación para que a su través se llegue al resultado peyorativo que el citado artículo 6.3 contempla. La predicada neutralidad del sistema no obsta en el presente caso para que el efecto perseguido por la ley se venga produciendo en la forma denunciada por la autoridad laboral en su demanda de oficio y, desde luego, ninguna justificación objetiva se ha proporcionado sobre el obstáculo que puedan representar los límites conceptuales que la propia ley señala: finalidad legítima o criterios de necesidad y proporcionalidad, que no se desvelan en la prueba practicada en autos”.*

172 Sentencia del TSJ de Cataluña 4003/2008, de 15 de mayo, FJ 5. Referencia CENDOJ STSJ CAT 5220/2008.

cia de retribución se justifique por razones objetivas, ajenas a toda discriminación por razón de sexo (véanse, en particular, las sentencias de 27 de marzo de 1980, Macarthys, 129/79, de 17 de junio de 1998, Hill y Stapleton, C-243/95 o 26 de junio de 2001, Schintgen, C-381/99).¹⁷³ Sin embargo, en su fallo, el Tribunal determina que “De las mentadas reflexiones se deriva, pues, una evidente conclusión: las actoras han visto limitado su promoción a los puestos superiores por el hecho de ser mujeres.” No estima el recurso, porque considera que “Sin embargo, difícilmente puede compartirse el criterio de que el encuadramiento diferenciado entre oficiales de segunda y tercera, de un lado, y especialistas, por otro, obedezca a criterios sexistas y no neutros. Existen obvios motivos relativos a la mayor calificación en el ejercicio del trabajo y a la mayor responsabilidad que explican el trato diferenciado en la norma colectiva. Justificación que no parece obedecer a una hipervaloración de los roles masculinos en su determinación última¹⁷⁴.”

Por último, señalar que en dos de las sentencias analizadas, ambas del TSJ de Madrid, se ha detectado una crítica de los magistrados hacia la redacción del artículo 13 de la Ley para la Igualdad, en el sentido ya señalado:

“La redacción del apartado 1 es confusa, pues según su tenor literal podría parecer que suprime la exigencia de aportar indicios de discriminación, y que sería suficiente la mera alegación. Pero esa interpretación privilegiaría injustificadamente la discriminación por razón de sexo respecto de las que obedezcan a otras causas, sin que exista razón alguna que justifique un trato procesal distinto para la discriminación basada en el sexo en comparación con la discriminación debida a cualquier otro factor. De otro lado, puede entenderse que la alusión a que las alegaciones “se fundamenten” en actuaciones discriminatorias, está exigiendo de forma implícita que la alegación sea algo más que eso, que incluya un fundamento o lo que sería lo mismo, un indicio de discriminación.”¹⁷⁵

Entiende aquí el tribunal que no se han formulado indicios acreditados de discriminación por razón de sexo en la empresa demandada que desplacen la carga probatoria a ésta. Afirma por el contrario que:

“La parte demandada ha demostrado que el trato dispensado a las demandantes en lo relativo a la promoción no encierra discriminación alguna, sino que obedece a otros factores que no guardan relación con un propósito discriminatorio. La empresa ha acreditado que no ha ascendido a las actoras por no cumplir los requisitos que se valoran para la promoción, tales como efectuar jornada completa y no reducida, en horario partido y flexible para encontrarse en su puesto en

173 *Ibidem*.

174 *Ibidem*.

175 Sentencia del TSJ de Madrid de 10 de noviembre de 2008, FJ 22. Referencia CENDOJ STSJ MAD 20056/2008.

*los momentos de apertura y cierre del establecimiento, prestar servicios en domingos y festivos y no solamente de lunes a viernes, y tener evaluaciones positivas por parte de los superiores inmediatos que posibiliten el pase a los cursos de formación para posibles candidatos a jefe*¹⁷⁶”.

No ha tenido el Tribunal en este caso la percepción, clara a nuestro juicio, de que los requisitos decididos por la empresa, tales como efectuar jornada completa y no reducida, en horario partido y flexible para encontrarse en su puesto en los momentos de apertura y cierre del establecimiento y prestar servicios en domingos y festivos y no solamente de lunes a viernes, entre otros, impiden o dificultan mucho la conciliación de la vida laboral, personal y familiar, que normalmente recae sobre las mujeres.

De idéntica forma argumenta y concluye el TSJ de Madrid en otra sentencia¹⁷⁷ en un caso muy parecido, a raíz de una demanda planteada por las trabajadoras de la misma empresa que en el caso anterior.

2.3. Postura de los tribunales

Los tribunales citan la terminología sobre igualdad y discriminación que aparece en la normativa española, pero sin embargo es patente que no la desarrollan a la hora de dictaminar sus fallos.

Once de las 16 sentencias analizadas desestiman la pretensión de las demandantes, y tan solo en una de las tres estimatorias, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 2811/2008, podemos encontrar un razonamiento acorde con el espíritu y el fin de la Ley Orgánica 3/2007, que no es otro que erradicar la histórica desigualdad sufrida por las mujeres. Así, la sentencia afirma:

“El permiso de maternidad tiende a la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después de éste, así como la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto (sentencias entre otras del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 12-7-1984¹⁷⁸ y 30-4-1998¹⁷⁹).

Lo que de ello se deduce entonces es que la aplicación a la trabajadora, con riesgo por embarazo y que ha permanecido de baja por maternidad, de la disposición convencional (art. 42) por la que se rebaja el límite establecido de la media de horas de vuelo del TCP al 50% no es

176 *Ibidem*.

177 Sentencia del TSJ de Madrid 274/2009, de 22 de abril. Referencia CENDOJ STSJ MAD 2109/2009.

178 Se refiere al asunto C-184/83, Hofmann.

179 Se refiere al asunto C-136/95, Thibault.

*admisible, al hacerse una asimilación de casos que, como se ha dicho, no son comparables ni en su origen ni en su esencia propia, razón por la cual al faltar el encaje de situaciones que en determinados casos puede justificar la analogía, la equiparación entre la enfermedad común y el embarazo deja de tener toda validez*¹⁸⁰.

*(...) Y por ello resulta indudable que tanto el convenio colectivo en cuestión, al excluir implícitamente a la trabajadora TCP con riesgo durante el embarazo o de baja maternal de la posibilidad de acceso al nivel retributivo superior, como la aplicación por la empresa de la rebaja al 50% de la media de horas de vuelo necesarias para tal acceso por la empresa demandada, inciden en discriminación anticonstitucional que afecta a la mujer por el hecho biológico de su embarazo, a diferencia de situaciones excepcionales (excedencia por maternidad o paternidad durante el primer año, accidente laboral o enfermedad profesional, desarrollo de funciones sindicales) en las que hay prevista una regulación específica –o acuerdo entre las partes– en virtud de la cual no se tiene en cuenta la suspensión del contrato de trabajo como circunstancia limitadora del derecho al ascenso de nivel, pese a que el trabajador afectado no desempeñe actividad laboral, lo que es indiferente para el oportuno cómputo de horas de vuelo*¹⁸¹.

Finalmente, el Tribunal concluye que: *“la acción que se ha deducido en el presente proceso es fundada en el entendimiento de que tanto la aplicación del art. 30, b), como por mera decisión empresarial del art. 42 del convenio colectivo, este último en la medida en que se recurra al mismo como instrumento normativo para la aplicación analógica a un caso que no es asimilable con el que regula este precepto, implica y supone un tratamiento discriminatorio que atiende a la situación de embarazo y maternidad, lo que contraviene el art. 14 de la CE y el art. 17.1 del ET, según el cual “se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones directas o indirectas desfavorables...en materia de retribuciones...por circunstancias de sexo...”. Por ello, la norma convencional que, de manera implícita, exige a la trabajadora embarazada y en situación de baja maternal el mismo requisito que al resto del personal, de haber completado para el cambio de nivel retributivo el 60% de la media de horas voladas por la flota o flotas en las que haya permanecido durante el tiempo correspondiente, contraviene las referidas normas. La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, no aplicable al caso pero útil en su cita porque abunda en el mandato estatutario sobre prohibición de actos y disposiciones de contenido discriminatorio, ya lo establece así en su art. 10 con más precisión respecto de los actos y negocios jurídicos de esta índole. De igual forma que los arts. 3, 4 y 5 de dicha Ley Orgánica inciden con rotundidad mejor explicitada en la igualdad de trato entre hombres y mujeres*¹⁸².

180 Sentencia del TSJ de Madrid núm. 77/2008, de 4 de febrero, FJ3.

181 Sentencia del TSJ de Madrid núm. 77/2008, de 4 de febrero, FJ4.

182 Sentencia del TSJ de Madrid núm. 77/2008, de 4 de febrero, FJ 6.

3. Recomendaciones

Los tribunales europeos han definido y desarrollado varios conceptos relativos a cuestiones de no discriminación por género que sería interesante que se incorporaran de una forma más sistemática en la jurisprudencia de los tribunales españoles. Hay que tener en cuenta que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea lleva interpretando las normas europeas sobre igualdad y no discriminación cerca de 30 años, por lo que sus decisiones contienen una buena guía para las y los magistrados españoles.

Parece que en los tribunales europeos, especialmente en el TJUE, existe una tendencia mayor a proteger a las mujeres contra la discriminación que en los tribunales españoles, ya se produzca de forma directa o indirecta, y el Tribunal tiene tendencia a estimar que ciertos hechos suponen discriminación indirecta y vulneran, por tanto, el principio de no discriminación, en casos en los que los tribunales españoles no consideran probada dicha discriminación.

Por otro lado, se percibe que la protección contra el despido de mujeres embarazadas es mayor en las sentencias de los tribunales europeos, que en varias sentencias han considerado que las enfermedades derivadas del embarazo sólo pueden sufrirlas las mujeres y por tanto, cualquier consecuencia negativa que pueda tener la ausencia del trabajo a causa de las mismas será considerada como discriminación directa.

Se ha detectado que el TJUE ha tendido a realizar una interpretación más amplia de aquellas situaciones que comportan una discriminación indirecta que los tribunales españoles cuyas sentencias han sido analizadas en casos de promoción profesional, tal y como se ha señalado en las dos sentencias del TSJ de Madrid (Sentencia del TSJ de Madrid 274/2009, de 22 de abril. Referencia CENDOJ STSJ MAD 2109/2009 y Sentencia del TSJ de Madrid de 10 de noviembre de 2008. Referencia CENDOJ STSJ MAD 20056/2008).

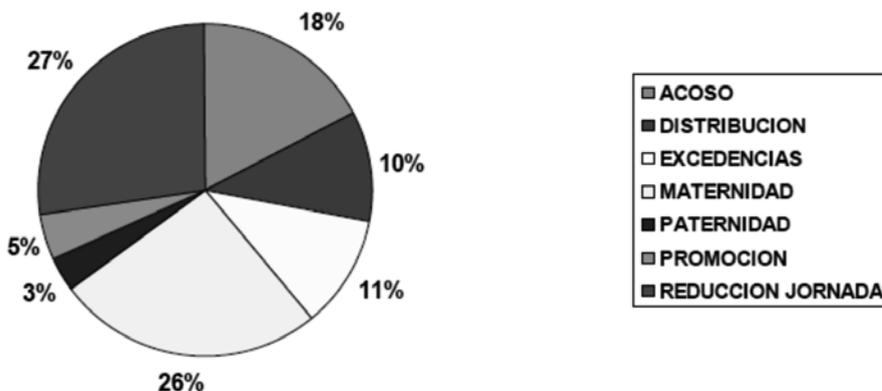
Para concluir: como ejemplos de “buenas prácticas” o sentencias de tribunales españoles que realizan una interpretación positiva y novedosa en materia de igualdad y no discriminación en asuntos de promoción profesional, en la jurisdicción social mencionamos las siguientes:

- Sentencia del TSJ de Aragón, de 19 de diciembre de 2008, referencia CENDOJ STSJ AR 1820/2008. Ponente Carlos Bermúdez Rodríguez.
- Sentencia del TSJ de Cataluña, de 17 de abril de 2008, referencia CENDOJ STSJ CAT 3935/2008. Ponente Luis José Escudero Alonso.
- Sentencia del TSJ de Cataluña, de 9 de abril de 2008, referencia CENDOJ STSJ CAT 4042/2008. Ponente Ignacio María Palos Peñarroya.

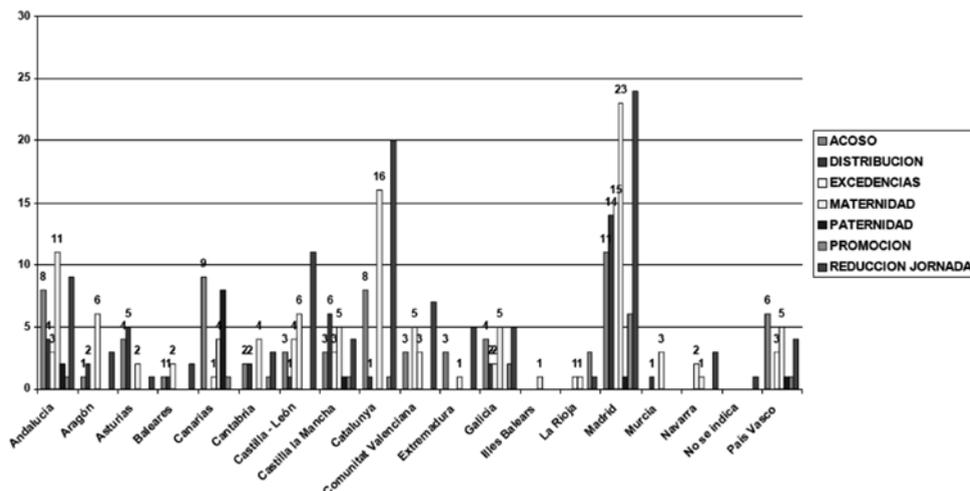
- Sentencia del TSJ de Cataluña, de 15 de mayo de 2008, referencia CENDOJ STSJ CAT 5220/2008. Ponente Miquel Angel Falguera Baro.
- Sentencia del TSJ de Madrid, de 4 de febrero de 2008, referencia CENDOJ STSJ MAD 2811/2008. Ponente Luis Lacambra Morera.

VI. GRAFICAS Y DATOS ESTADÍSTICOS

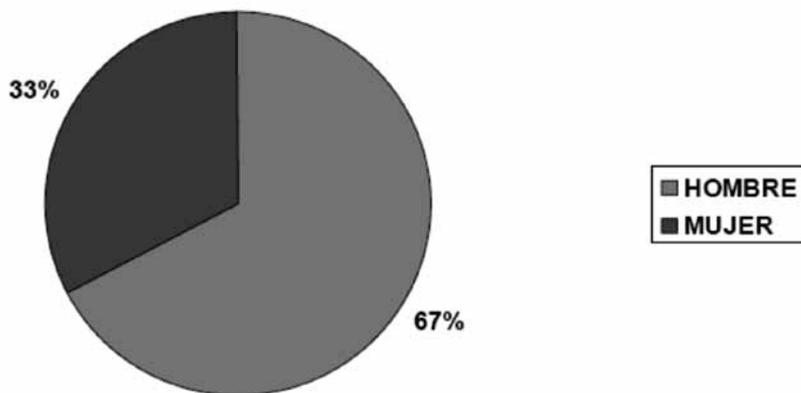
Porcentaje de sentencias con relación a los temas de la Jurisdicción social



Número total de sentencias del ámbito laboral por CCAA

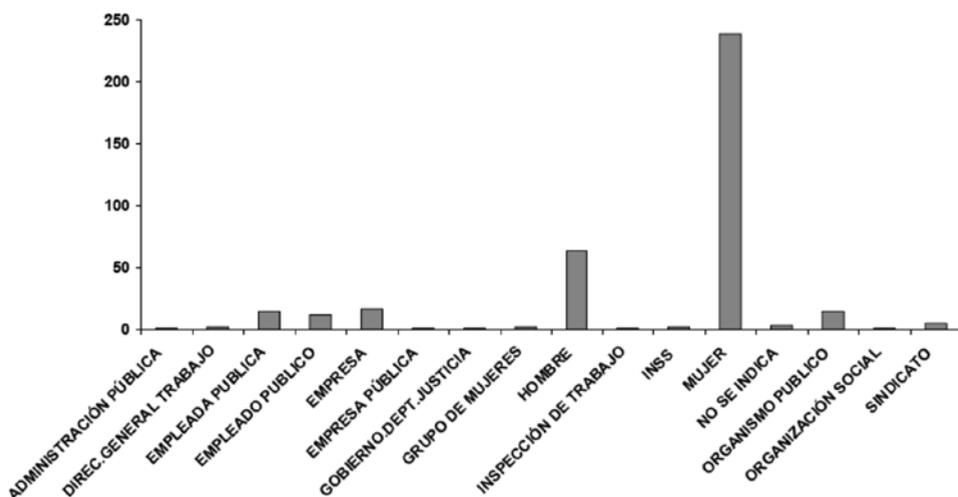


Sexo del/de la ponente de las sentencias de la Jurisdicción social

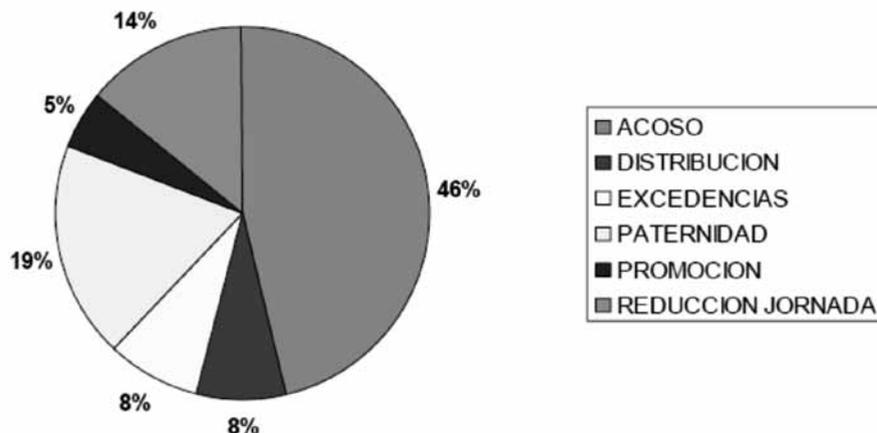


Total de sentencias en el ámbito laboral según el sexo del/la ponente que la dictó. En todos los temas dictaron más sentencias ponentes hombres que ponentes mujeres.

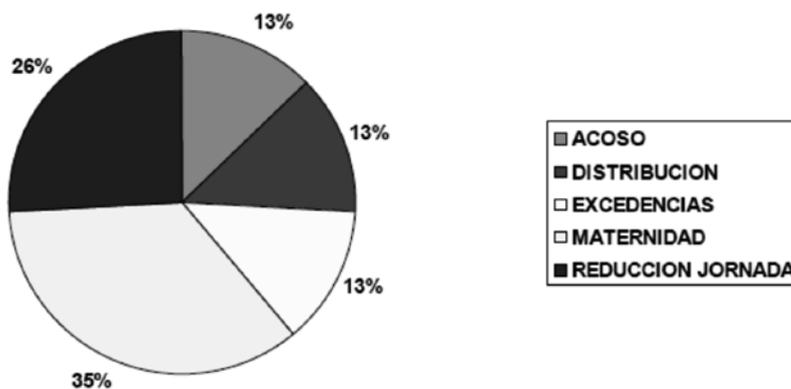
Número de sentencias del ámbito laboral según demandante



Temas demandados por los hombres en el ámbito laboral

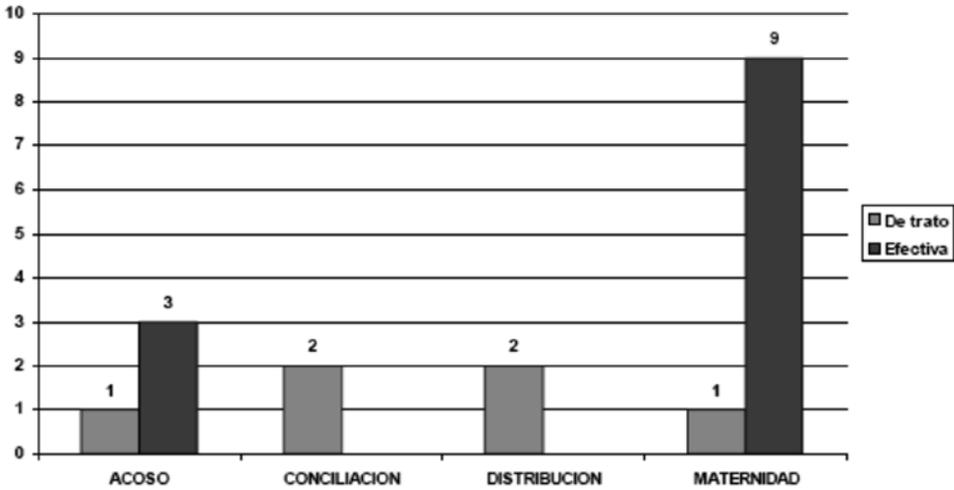


Temas demandados por las mujeres en el ámbito laboral



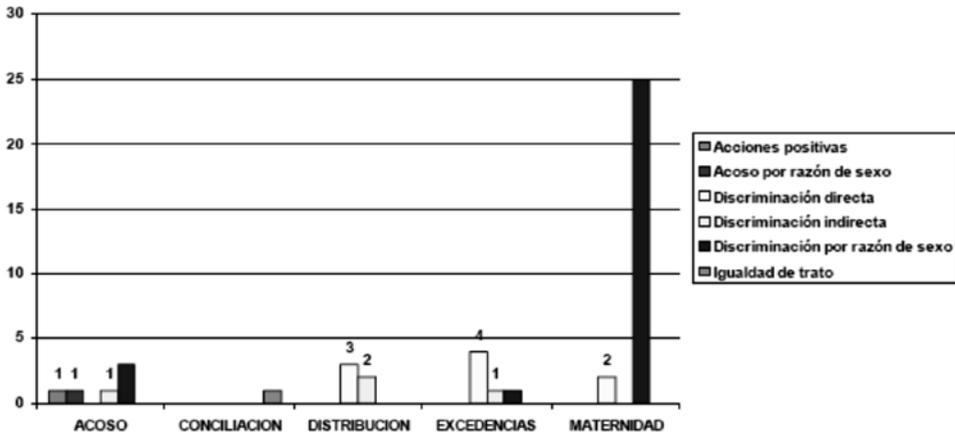
Podemos ver que los hombres son numerosos como demandantes en materia de acoso y permiso de paternidad. Las mujeres son mayoritariamente demandantes en sentencias relativas a permisos de maternidad, reducción de jornada, acoso, excedencias y distribución de jornada.

Número de sentencias del ámbito laboral según concepto en materia de igualdad citado



Número de citas del concepto de igualdad de trato o igualdad efectiva por cada tema del total de sentencias del ámbito laboral.

Número de sentencias del ámbito laboral según concepto citado en materia de discriminación



Número de sentencias por cada tema en el ámbito laboral según el concepto de discriminación utilizado. El más destacado es el concepto de discriminación por razón de sexo, que es utilizado en 25 sentencias relativas al permiso de maternidad. Sólo en 2 sentencias relativas al permiso de maternidad se utiliza el concepto de discriminación directa.

ASPECTOS DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO–ADMINISTRATIVA

Índice:

- I. Informe metodológico y cuantitativo general
- II. Acoso en la jurisdicción contencioso–administrativa
- III. Promoción profesional en la jurisdicción contencioso–administrativa
- IV. Los derechos de conciliación
 - 1) Reducción de jornada y concreción horaria
 - 2) Permisos de maternidad/paternidad
 - 3) Acumulación de vacaciones
 - 4) Excedencia por cuidado de hijos/as
 - 5) Excedencia por servicios especiales
 - 6) Permisos de lactancia para madres adoptantes y de acogida
 - 7) Licencia por maternidad
- V. Sentencias de interés en materia de igualdad efectiva
- VI. Transversalidad del principio de igualdad: la Educación para la Ciudadanía
- VII. Conclusiones en torno a las sentencias analizadas de la jurisdicción contencioso–administrativa
- VIII. Gráficas y datos estadísticos de la jurisdicción contencioso–administrativa

I. INFORME METODOLÓGICO Y CUANTITATIVO GENERAL

Dentro de este orden jurisdiccional se han analizado las sentencias recaídas en temas de acoso moral y sexual, promoción, permisos y excedencias, reducción de jornada y concreción horaria. También se incluyeron en el análisis aquellas sentencias que se habían obtenido de la base del CENDOJ a través de un camino de búsqueda en torno a los términos igualdad/discriminación¹⁸³.

Como ya se ha expuesto, el análisis de estas sentencias se dirige a detectar cómo está siendo recibida, entre los operadores jurídicos españoles, dentro de la jurisdicción contencioso-administrativa, la noción y la perspectiva de género, según se recoge en la LOIMH.

Por otra parte, en la base de datos se han recogido aquellas sentencias que han proporcionado una información de interés para este trabajo, que, no puede olvidarse, se dirige al análisis de la aplicación de la LOIMH en ciertos asuntos previstos por la misma y que se resuelven en la jurisdicciones contencioso-administrativa y social. Las búsqueda, selección y estudio de sentencias han desembocado en los siguientes datos:

	Número inicial de sentencias	Núm. resultante tras 1ª revisión	Núm. resultante objeto de estudio
Acoso moral y sexual	17	17	9
Igualdad/discriminación	310	249	36
Promoción	11	8	8
Permisos y excedencias	3.123	76	6
Reducción de jornada y concreción horaria	822	104	53

A continuación se detallan los resultados de este estudio.

183 Este nos condujo hacia sentencias, relativas al SOVI, dentro del ámbito de la jurisdicción social, y a demandas vinculadas al deporte, cuyo análisis ha quedado englobado dentro del estudio sobre la aplicación del artículo 4 de la LOIMH (especialmente, las sentencias relativas al SOVI, en donde hay que tener en cuenta la sentencia de unificación de doctrina comentada en el epígrafe sobre el principio de igualdad de trato y de oportunidades en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas) y dentro del estudio sobre la promoción.

II. EL ACOSO EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO–ADMINISTRATIVO

La mayor parte de los conflictos existentes en el ámbito contencioso administrativo en materia de acoso se centran en el acoso moral u hostigamiento. Es de destacar que en las sentencias analizadas, las reclamaciones han sido presentadas en 4 ocasiones por hombres, siendo en dos ocasiones empleados públicos, mientras que en 5 ocasiones las demandantes han sido mujeres, siendo en dos casos empleadas públicas.

Debe apuntarse, por otra parte, que entre las sentencias relativas al acoso en la jurisdicción contencioso–administrativa, seleccionadas para el estudio, se han descartado aquellas que, relativas al acoso y generadas durante el periodo objeto de estudio, resolvían asuntos previos a la entrada en vigor de la ley o el acoso aparecía en relación con otras causas. Este es el supuesto de aquellas sentencias en las que se recurre la decisión de la administración respecto a la negación del asilo, residencia o estatus de refugiado. Estas sentencias no han sido incluidas en la base de datos porque en ellas no existe relato sobre los hechos, ni argumentación que pueda servir para comprender cómo se están calificando las situaciones de presunto acoso, no porque sean irrelevantes para analizar la eficacia de la LOIMH¹⁸⁴.

Entre las sentencias analizadas, solo una resuelve una situación de acoso sexual. Nos referimos a la STSJ GAL 7635/09, nº Rec. 632/2008 que resuelve el recurso interpuesto contra la sentencia del juzgado número 3 de Pontevedra¹⁸⁵. Esta sentencia rechaza el recurso, pero

184 Es el caso de las siguientes sentencias de la Audiencia Nacional: 641/2008 de 30 de enero, que resuelve el recurso 616/2006; 655/2010 de 19 de febrero que resuelve el recurso 686/2008; 2404/2009 de 21 de mayo, que resuelve el recurso 1381/2007; 3195/2008 de 21 de julio, que resuelve el recurso 679/2006; 3465/2008, de 17 de septiembre, que resuelve el recurso 1045/2006; 4033/2008 de 17 de octubre, que resuelve el recurso 718/2007; 6009/2009 de 16 de diciembre, que resuelve el recurso 483/2009; o la sentencia que resuelve el recurso 150/2006.

185 En la STSJ GAL 7635/09, nº Rec. 632/2008 se responde al recurso interpuesto contra la sentencia del juzgado número 3 de Pontevedra, en la que se desestima el recurso formulado contra lo que se denominó inactividad administrativa por falta de respuesta a la denuncia por acoso que se formuló contra el denunciado. La existencia del posible acoso sexual se conoció por la superioridad, realizándose diligencias informativas previas con toma de declaraciones de diversas personas. Como resultado de éstas, la directora de recursos humanos y relaciones laborales del centro sanitario decretó que se archivaran las actuaciones, al no apreciar la existencia de indicios suficientes. Dos meses más tarde se realizó un informe interno que se trasladó a la estatutaria, solicitando ésta que se actuara en consecuencia y se adoptaran las medidas oportunas, lo que dio lugar a que se le cambiara de puesto de trabajo, acogiéndose así la petición que había formulado meses atrás. Dada la realización de dos informes, que concluyen que “no existían pruebas convincentes de que se hubiera producido el acoso sexual archivándose las actuaciones, y la presentación de una querrela por parte del denunciado por la presunta comisión de un delito de calumnias e injurias, se decide trasladar a la demandante de puesto de trabajo. La negativa a iniciar procedimiento disciplinario no supone una inactividad administrativa, al no existir ninguna obligación de realizar una prestación concreta a favor de ninguno de los dos denunciantes. Entiende el Tribunal que lo que ocurre es que la demandante no está conforme con la decisión adoptada, y si bien existió alguna irregularidad de tipo ordinario, en modo alguno ha “habido atisbo alguno de vulneración de los derechos fundamentales”.

lo realmente interesante de este asunto es el comportamiento de la Administración, la cual muestra un exceso de celo activando un complejo mecanismo de investigación, para concluir que los indicios de acoso no son suficientes. Sin embargo, y paradójicamente, se adopta la medida solicitada por la actora de cambio de puesto de trabajo. Existe otro dato de interés en esta sentencia: las denuncias cruzadas. Se detecta la estrategia procesal de enfrentarse a las denuncias de violencia denunciando al denunciante, con el objetivo de crear confusión y duda.

Dado que la LOIMH se refiere específicamente, en su artículo 7, al acoso sexual o por razón de sexo, y sólo se ha encontrado una sentencia sobre acoso sexual en la que se relatan estos hechos, la relevancia de esa sentencia, para valorar la aplicabilidad de la LOIMH, parecería, en principio, escasa. Sin embargo, se entiende que la LOIMH, por su dimensión de código de igualdad así como por la transversalidad del principio de igualdad que implanta en el ordenamiento jurídico español, es de aplicación a supuestos de acoso moral, pese a que la ley no haga una referencia expresa a ellos.

Como ya se ha señalado, la exposición de motivos de la LOIMH reza:

“La mayor novedad de esta Ley radica, con todo, en la prevención de esas conductas discriminatorias y en la previsión de políticas activas para hacer efectivo el principio de igualdad. Tal opción implica necesariamente una proyección del principio de igualdad sobre los diversos ámbitos del ordenamiento de la realidad social, cultural y artística en que pueda generarse o perpetuarse la desigualdad. De ahí la consideración de la dimensión transversal de la igualdad, señas de identidad del moderno derecho antidiscriminatorio, como principio fundamental del presente texto”.

Como complemento a este enunciado, el art. 1.1 LOIMH dice: *“Las mujeres y los hombres son iguales en dignidad humana, e iguales en derechos y deberes. Esta ley tiene por objeto hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres”.*

A tales efectos, en el art.1.2 se añade, *“la ley establece principios de actuación de los poderes públicos”.* Unos principios que, como ya se ha expuesto, están presentes a lo largo de todo el articulado de la LOIMH. A la luz de estos preceptos, parece congruente afirmar que las condiciones de trabajo adecuadas y sin violencia, son una exigencia inexorable para avanzar en la igualdad efectiva entre mujeres y hombres y en la dignidad de las personas en el trabajo.

En este sentido, aunque el artículo 7 LOIMH se pronuncia en torno al concepto de acoso sexual y acoso por razón de sexo¹⁸⁶, afirmando que se considerarán en todo caso discrimi-

186 Tampoco existe referencia al acoso laboral en el artículo 51. e), en el que se exponen los criterios de actuación de las administraciones públicas, en el marco del Título V, *“El principio de igualdad en el empleo Público”*, en el que sólo se vuelve a aludir al acoso sexual y acoso por razón de sexo.

nación (art. 7.3 LOIMH), cabe entender que el núcleo de ambas definiciones es aplicable a los supuestos de acoso moral, aunque éstos no puedan ser calificados de discriminación. A estos efectos, se define como acoso sexual,

“cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo” (art.7.1).

“Constituye acoso por razón de sexo, cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo” (art. 7.2) .

Podría entenderse como núcleo del acoso en general, la siguiente afirmación: *el acoso es cualquier comportamiento verbal o físico, que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de la persona, en particular, cuando crea un ambiente intimidatorio, vejatorio u ofensivo.*

Aunque el sistema sexo–género tiene en las situaciones de acoso una especificidad que no cabe ignorar, este dato no puede interpretarse desconociendo otras causas. La falta de referencia explícita al acoso moral podría considerarse una laguna legal, pero no es tal si se piensa que puede ser subsanada mediante los preceptos anteriormente citados. Sin embargo, no ha sido ésta la estrategia utilizada por la jurisdicción contencioso–administrativa, para resolver las situaciones de acoso moral.

Los aspectos más relevantes de las sentencias analizadas han sido los siguientes:

1) En la mayoría de las sentencias estudiadas se sigue la línea jurisprudencial desarrollada por el TS, en la que se establecen los requisitos materiales y temporales que han de darse para calificar una situación de acoso laboral. La mayor tensión en estos supuestos de acoso se centra en la distinción entre malas relaciones de trabajo y acoso. Esta es una distinción que se funda en la posibilidad de establecer, sin margen de duda, la relación causa–efecto. De ahí que el peso de la argumentación descansa en la valoración sobre la gravedad de los hechos y en la inexistencia de elementos que permitan dudar del nexo causal. En este sentido, la inestabilidad psicológica de quien demanda puede dar lugar a una duda razonable en el intérprete. Este es el supuesto que existe en la STSJ de las Islas Canarias 1961/2008, nº Rec. 306/09. En ella se resuelve la pretensión de nulidad de la desestimación de la solicitud de adopción de medidas que asegurasen a la reclamante el desempeño de sus funciones de ATS con la consideración debida a su dignidad y el cese de la situación de acoso moral y malos tratos, así como de indemnización por daños y perjuicios. La sentencia contra la que se recurre consideró:

“[N]o ha quedado debidamente acreditado el acoso moral que la recurrente afirma haber padecido no pudiendo incluirse en dicho concepto conductas que no van más allá de un conflicto o mala relación laboral entre compañeras o de una defectuosa organización en el trabajo”.

Aunque se reconoce la situación de stress laboral, dado que el relato “*resultó formalmente verosímil*”, y se acreditó médicamente, se considera que en tanto la demandante tuvo largos periodos de baja, y este hecho no invalida la existencia de acoso laboral, “*sí es suficiente para sembrar ciertas dudas sobre si el acoso y sólo el acoso es causa determinante de esa situación de stress laboral*”¹⁸⁷.

Los criterios utilizados para calificar una situación de violencia como simplemente malas relaciones laborales o acoso moral, llevan implícitos la normalización de cierta violencia en el trabajo. Una situación semejante ya se vivió en materia de violencia de género. Hoy estas dudas no existen. El cambio fue generado, no por el desarrollo de mejores instrumentos probatorios o técnicos, sino por la tolerancia cero respecto a la violencia en el ámbito doméstico familiar y de pareja. En otras palabras, el cambio significativo derivó del rechazo a la normalización de la violencia.

2) También cabe destacar que, en las sentencias analizadas sobre acoso, un aspecto clave en las mismas ha sido el elemento temporal. En este sentido, se exige para reconocer el acoso laboral que exista una actividad violenta grave, sistemática y acreditada, en la que la jurisprudencia valora además la intencionalidad. En la sentencia de la AN, sección cuarta, Madrid, de 15/10/2008, el apelante denuncia a la Administración por acoso consentido o aprobado. En ella se considera probado un síndrome ansioso–represivo que padece el apelante como resultado de la falta de pago de la productividad, la realización de trabajos de menor cualificación, la falta de medios informáticos para la realización de su trabajo o la apertura de un expediente disciplinario archivado. Estos hechos son considerados por el tribunal como “relaciones laborales de enemistad”, pero no acoso. Para diferenciar al acoso de las malas relaciones de trabajo se exige que exista intencionalidad en el ejercicio de la violencia y que dicha violencia tenga, con respecto al daño causado, una relación directa. No obstante, aunque los hechos analizados en esta sentencia son anteriores a la entrada en vigor de la LOIMH, se ha estimado apropiado su referencia para mostrar que dicha entrada en vigor no ha introducido, en este contexto, cambio alguno a nivel jurisprudencial, pues los criterios de identificación del acoso laboral que se toman como referencia son los establecidos por la doctrina del TS.

187 Esta línea jurisprudencial desarrollada por el TS y seguidas por los tribunales es semejante a lo establecido en el *Acuerdo Europeo sobre el Acoso en el Lugar de trabajo*, de 26 de abril de 2007, resultado de más de diez meses de negociaciones y la *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité económico y social Europeo y al Comité de las regiones, sobre igualdad entre Mujeres y hombres*, que tratan de fijar un marco para el diálogo social europeo.

3) En la mayor parte de las sentencias analizadas el acoso moral en el trabajo u hostigamiento se une, en la fundamentación de la demanda, con la desviación de poder de la Administración por arbitrariedad. Esta asociación es consecuencia de la falta de precisión en las sentencias de los hechos que se consideran probados y son el fundamento de la decisión, al realizarse una valoración global de los mismos. En este sentido cabe citar la sentencia del TSJ Galicia 6175/2009, en la que se impugna una sentencia de febrero de 2008, en la que se desestimaba el recurso interpuesto por vulneración de los derechos a la propia imagen, honor e integridad física y moral (art. 15 y 18 CE). Se solicita al Tribunal la nulidad de la sentencia al considerarse que ha existido vicio de incongruencia dado que la sentencia de instancia ha obviado en su pronunciamiento dos extremos planteados respecto a tacha de testigo y ausencia de motivación, lo que le ha generado indefensión. A dichas peticiones responde el Tribunal que la congruencia de las sentencias no requiere una exhaustiva argumentación en paralelo a las alegaciones, basta un razonamiento suficiente que dé respuesta a las pretensiones de los sujetos en la relación procesal. Asiste al órgano, argumenta el Tribunal, hacer una valoración conjunta de la prueba. Por consiguiente, no se dan los requisitos que la Sala de lo Social de este tribunal de 8 de abril de 2003 estableció como elementos básicos del acoso. El acoso no es una enfermedad, *“son la calificación jurídica que merece un conjunto de comportamientos, sobre los que debe existir indicios suficientes que aquí no existen.* Tampoco se estima *“intención premeditada”*, solo existen generalidades. Conforme a lo expuesto, se valora la existencia de relaciones conflictivas, que es lo único probado (en el mismo sentido, la sentencia TSJ Galicia 1684/2009).

Los indicios como medio de prueba, los cuales han sido objeto de una extensa jurisprudencia por parte del TS, exigirían, en el ámbito contencioso-administrativo, un interés normativo, sobre todo porque los indicios deben producir, en quien interpreta y aplica el derecho, un convencimiento de verdad y lógica, que se sustenta en el sentido común y en lo que se considera normalmente como verosímil, plausible, etc. Sin embargo, lo que se presenta como sentido común está determinado por la cultura y las costumbres, al igual que lo que se considera lógico y natural. Por consiguiente, cuando se exige a los hechos relatados que sean lógicos y verosímiles, lo que el tribunal demanda es que, aparte de la falta de contradicción, sean creíbles. Pero esta es una credibilidad que está condicionada por el sistema de valores y la comprensión de la realidad de quien interpreta y aplica el Derecho. Mostrar la conexión que los indicios presentan entre la lógica y lo natural o normal, tiene por objeto reflexionar sobre los elementos no conscientes que se introducen en la racionalidad normativa a través del intérprete.

4) De acuerdo a la argumentación sostenida por los tribunales, no cabe aplicar el artículo 13 LOIMH al acoso moral, pues este es de aplicación a las situaciones de discriminación, esto es, al acoso sexual y acoso por razón de sexo. Ahora bien, si existiera hostigamiento entre una mujer y un hombre, habría que indagar si este hostigamiento tiene su causa última en

el sexo de la persona, lo que podría conducir a una situación de acoso por razón de sexo. Sin embargo, no se ha encontrado en ninguna de las sentencias este tipo de indagación.

5) Por último, es pertinente destacar la tensión que se introduce en las situaciones de acoso cuando están en litigio puestos de libre designación (la conflictividad que generan los puestos de libre designación se presenta también en los conflictos de promoción profesional). En la sentencia 69/2009 del TSJ de Castilla y León se recurre la Resolución de la Gerencia Regional de Salud desestimando la reposición contra la Resolución de abril de 2007 que acordaba el cese como jefe de Servicio de informática del demandante. Aunque el fondo de la sentencia es el acoso moral, la misma se centra en cuestiones relacionadas con la estructura de la sentencia (citándose sentencias de los Tribunales Superiores de Cataluña, País Vasco o Castilla La Mancha, así como del TC) y con la prueba necesaria en las situaciones de desviación de poder. La sentencia apelada concluye:

“[A]tendida la naturaleza jurídica del nombramiento (libre designación), el cese es conforme a derecho, sin perjuicio que la alegaciones de vulneración de sus derechos fundamentales por desviación del poder y acoso laboral que sitúa el recurrente como motivo de su cese sean o no ciertos, pues éste no es el procedimiento adecuado para depurar otro tipo de responsabilidades ni actuaciones administrativas al margen de lo que constituye el objeto del proceso, que se circunscribe a la adecuación a derecho de la resolución administrativa de cese”.

Con base en estas palabras, argumenta el Tribunal en el FJ3º, que la juzgadora examinó y se pronunció, aunque lo hiciera “*de forma un tanto parca y escueta, sobre las cuestiones suscitadas*”, por consiguiente no se ha incurrido en incongruencia omisiva. Se considera que se ha presentado documentación suficiente en la que se prueba la grave arbitrariedad de la administración, constitutiva de desviación de poder, al adoptar una decisión que favorece a la “empresa” (al elegirse a una persona que no es funcionaria) en claro perjuicio de los funcionarios del servicio y del interés público del hospital. A estas alegaciones responde el tribunal que no existe obligación legal de relatar los hechos probados, que no cabe argumentar desviación de poder en relación a los puestos de libre designación, con base en la jurisprudencia existente. Que no existió en el cese una actuación contraria a derecho, ya que tanto el nombramiento como el cese es un acto discrecional, de ahí la singularidad de tales nombramientos, al estar basados en la relación de confianza. Los indicios presentados respecto a la desviación de poder no son prueba suficiente ni pueden servir como presunciones, por faltar en ellos el enlace preciso y directo entre aquellos y la existencia del ejercicio de una potestad desviada. No existen elementos suficientes para formar en el Tribunal *la convicción* de que las autoridades administrativas actuaran con arbitrariedad. En este supuesto, el tema se complica al sumarse al valor probatorio de los indicios, dudas en torno a la arbitrariedad en la convocatoria y posterior designación.

En esta sentencia se plantea, de manera específica, el problema de la valoración de los hechos, ya que la valoración que lleva a cabo el Tribunal suscita serias dudas acerca de la conexión que establece entre los hechos y el resultado. Esta conexión no es tan lógica como se pretende, pues descansa, en buena medida, en la cultura y costumbres sociales, las cuales pueden enmascarar situaciones de acoso que, de esta forma, quedarían impunes. Para evitarlo, los tribunales deberían tener en cuenta –como en su momento se hizo en relación a la violencia de género– no cada hecho aislado sino en qué medida los hechos alegados responden a un clima o ambiente de violencia.

Por otra parte, y aunque no existen dudas respecto a la especificidad de los puestos de libre designación y la relación de confianza que debe existir entre quien nombra y la persona elegida, sí se presentan desconfianzas respecto a las razones que conducen a establecer la convocatoria con unas u otras exigencias. A este respecto, parece oportuno proponer que, aún respetándose la libre designación, la Administración realice el esfuerzo de determinar en qué casos deben darse concursos, concursos de méritos o convocatorias de libre designación. El fin de estas precisiones es evitar que se produzca una distancia no razonable entre los méritos y la confianza, para de este modo incrementar la imagen de rigor y de no arbitrariedad de la Administración, al tiempo que con tales hechos no se encubran situaciones de acoso.

Para concluir, se debe recordar que la igualdad promovida en la LOIMH es aquella que ha de poner fin a toda situación de privilegio o de subordinación

III. LA PROMOCIÓN PROFESIONAL EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO–ADMINISTRATIVA

En este ámbito, la mayoría de las sentencias analizadas han recaído por reclamaciones presentadas por hombres (4, siendo dos de ellos empleados públicos), 2 donde las demandantes eran empleadas públicas y 1 en la que la reclamación era presentada por un sindicato.

El análisis de las sentencias referentes a promoción laboral y no discriminación, en la jurisdicción contencioso–administrativa, pone de manifiesto cinco aspectos que deben ser abordados; a saber:

1. Bipolaridad jurisprudencial con respecto a la determinación del mérito y la capacidad.
2. Apreciación de mala fe o buena fe, con la consecuente imposición de costas, cuando se argumenta, por las partes, discriminación por razón de género.
3. Significativo recelo y rechazo social hacia las medidas tomadas por el legislador para acortar la distancia efectiva en el disfrute de los derechos de ciudadanía de mujeres y hombres; a saber: principio de presencia equilibrada, medidas de acción positiva diferenciadora, medidas de conciliación de la vida familiar, personal y laboral.
4. Falta de precisión y de rigor jurídico, por parte del Abogado del Estado, cuando se mueve en el coso de la igualdad efectiva, versus al rigor y a la enorme casuística al tratar de desmontar el argumento de la legitimidad de las Federaciones (Vascas) autonómicas, en ámbitos con competencias exclusivas del Estado español.
5. Pese a las dificultades detectadas, merece destacarse el reconocimiento legal y judicial de la maternidad como causa de discriminación directa, tal y como se recoge en la LOIMH.

Con respecto al primero de los aspectos apuntados, en los recursos analizados en la jurisdicción contencioso–administrativa se apuesta por el respeto a los criterios legales de mérito y de capacidad para la promoción en el empleo. Ahora bien, las tensiones existen cuando no se especifica con qué criterio o procedimiento esos criterios han sido fijados. La razonabilidad esgrimida recae en criterios fluctuantes. Si a veces se solicita una exposición detallada y argumentada sobre cómo se ha llegado a establecer o definir el contenido de determinados méritos, otras veces se consideran suficientemente conocidos y claros. Éste es el caso de las SSTS 7490/2009, Sala de lo Contencioso que resuelve el recurso 372/2008 y la 329/2009, de la Sala de lo Contencioso, que resuelve el recurso 192/2007. En estos supuestos se tratan los méritos y las capacidades para el acceso al Tribunal Supremo y a los cuerpos docentes universitarios, respectivamente. En el primer caso, el TS exige al

CGPJ una exhaustiva motivación de su elección, a pesar de reconocer que la Constitución y la legalidad le otorgan discrecionalidad en la selección y que el informe de la Comisión de Calificación no posee carácter vinculante. Pese a todo, se exige que los méritos tomados en cuenta por la Comisión de calificación sean suficientemente argumentados en su elección y jerarquía.

Por el contrario, en la STS 329/2009, el TS sostiene que los méritos exigidos al profesorado universitario para acceder a los cuerpos docentes universitarios a través del sistema de habilitación son adecuados. Se considera que la acreditación tiene por “*objeto la valoración de los méritos y competencias de los aspirantes a fin de garantizar, en todo el territorio español, una posterior selección del profesorado funcionario eficaz, eficiente, transparente y objetiva*”. La presunta falta de objetividad e imparcialidad no se considera tal, al entender que no se está regulando un “*sistema general de acceso a la función pública y sí se está configurando un requisito previo para poder acceder a la función pública... con la sola obtención de la acreditación a que se refiere el real Decreto impugnado no se accede a la función pública*”.

La Ley de Universidades precisa la composición y actuación de las comisiones que estarán formadas por personas de reconocido prestigio docente e investigador, que son quienes evaluarán la documentación presentada por quienes deseen acceder a las plazas docentes de profesorado funcionario y, además, el Art. 32 de la ley 4/2007 autoriza la creación de la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación, de acuerdo con la previsiones de la Ley de Agencias Estatales para “*la mejora de los servicios públicos*”. Basándose en esta argumentación, el TS no considera vulnerado el derecho al libre acceso a la función pública, aún cuando se imponga un control previo a éste.

Pese a tratarse de casos diferentes, interesa destacar el diferente control exigido por los Tribunales para la determinación de los méritos y la capacidad. Esta diferencia pone de relieve una cierta bipolaridad jurisprudencial, ya que, dependiendo del contexto, el TS se muestra más o menos exigente con la justificación de los méritos y las capacidades requeridas. Si en algunos casos se discute la experticia –y la legitimidad– de las personas que han de decidirlos, en otros se da por válido, aceptando incluso la no motivación (ANECA).

En cualquier caso, no siempre el TS es tan cauteloso con los acuerdos del CGPJ. En la STS 7906/2009, que resuelve el recurso 329/2006, la recurrente alegaba en su demanda una práctica sistemática del CGPJ de exclusión de las mujeres, que generaba discriminación indirecta y solicitaba se condenara al CGPJ al cese de la misma. Nuevamente se detecta la tensión ya expuesta respecto a la discrecionalidad de la Administración en la elección de cargos. Sin embargo, a estos motivos de impugnación responde el TS que no existe falta de motivación en la sentencia de instancia, puesto que se detallan los méritos de cada

uno de los integrantes de la terna y declara que la relación establecida en ésta obedece, simplemente, a la valoración de los currícula. Respecto a que la “condición femenina” de la actora haya sido un factor discriminatorio y determinante de su exclusión, ésta no queda acreditada, al no existir nada en el expediente que confirme tal afirmación. Con esta argumentación, el TS resuelve y no toma en consideración la argumentación establecida por el TJCE y el TC (STC 22 de diciembre 2004, FJ 7º, Recurso 2045/1998) en materia de discriminación indirecta. Hubiese sido pertinente conocer si los méritos tomados en consideración por la Comisión de calificación para establecer la terna, aún siendo neutros y objetivables, al aplicarse en un contexto determinado –en el caso que se analiza, el Poder judicial– privilegian o perjudican a alguno de los colectivos que lo integran.

La segunda de las cuestiones planteadas –la disparidad respecto a la consideración o no de mala fe, cuando se argumenta por las partes discriminación por razón de género, en temas de promoción profesional– requiere, al menos, de una somera reflexión. En la STSJ de la Rioja 66/2009, que resuelve el recurso 223/2007, se sanciona a la demandante en costas al *“apreciar mala fe en la recurrente al interponer un recurso y mantener una acción esgrimiendo sin base fáctica ni jurídica alegaciones como la discriminación por razón de sexo, que carece del menor fundamento real y pone de manifiesto una invocación y utilización espuria de la Ley orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (...) No existe plazo establecido para llegar a puestos directivos”* (FJ 4º). Considera el Tribunal que no existe discriminación por razón de sexo, ni desviación de poder, en tanto no se han vulnerado los principios de mérito y capacidad.

Por el contrario, en la antes referida STS 7490/2009, no se valora de mala fe la alusión del recurrente a la “actividad sexual” de la otra candidata. Y ello a pesar de que el TS considere que “es absolutamente impropio hablar a este respecto” como, sin embargo, se hace en ese escrito procesal, de “la actividad sexual”. Esta argumentación inapropiada del recurrente, pese a todo, no se estima suficiente para determinar la existencia de mala fe y condenar, consecuentemente, al pago de las costas, como sí sucedió en la anterior.

En lo que al tercer aspecto se refiere –el significativo rechazo social en torno a las medidas adoptadas por la LOIMH y por las leyes de igualdad autonómicas–, merecen señalarse tres áreas especialmente pleiteadas: el principio de presencia equilibrada (STSJ PV 3048/2009); las medidas de conciliación de la vida familiar, laboral y personal (ST AN 1774/2008); así como las medidas de acción positiva diferenciadora tomadas por las empresas para impulsar la igualdad efectiva (SSTSJ EXT 1481/2009; EXT. 1007/2009). Al respecto, se observa en las sentencias analizadas que algunas son conocedoras del derecho antidiscriminatorio y de su correcto funcionamiento. Éste es el caso de la destacable STSJ del País Vasco 3048/2009, que resuelve el recurso 845/2008. En esta sentencia se discute la Resolución de 11 de febrero de 2008 de la Dirección de la Academia de Policía del País Vasco, por la que se convoca procedimiento selectivo para ascenso a la categoría de sub-

oficial de seguridad ciudadana de la escala de Inspección de la Ertzaintza. La sentencia de instancia decide desestimar el recurso interpuesto por el recurrente contra la Resolución citada. En la sentencia de instancia, ratificada posteriormente por el TSJ del País Vasco, se establecía que la cuestión litigiosa había sido establecida en *“aplicación de la Ley 4/2005, de 28 de febrero del Parlamento Vasco que dispone en su artículo 31. c) e). (que) no se considerará constitutivas de discriminación por razón de sexo las medidas que, aunque planteen un tratamiento diferente para las mujeres y los hombres, tienen una justificación objetiva y razonable, entre las que se incluyen aquellas que se fundamentan en la acción positiva para las mujeres, en la necesidad de una protección especial de los sexos por motivos biológicos, o en la promoción de la incorporación de los hombres al trabajo doméstico y de cuidado de las personas y del artículo 3.7 del mismo texto: “Los poderes públicos vascos han de adoptar las medidas oportunas para lograr una presencia equilibrada de mujeres y hombres en los distintos ámbitos de toma de decisiones”*. De este modo, el Tribunal concluye que *“dichas bases se ajustan a la legalidad vigente y que, por tanto, obliga a todos los poderes públicos en aplicación del artículo 9.1 de la vigente Constitución”* (FJ1º).

En la sentencia de la Audiencia Nacional 1774/2008, que resuelve el recurso 82/2009, se discute si la conciliación de la vida personal, familiar y laboral puede ser un mérito para acceder mediante concurso a una plaza en el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. En la citada sentencia se alude a la jurisprudencia del TC 12/2008 donde se afirma:

“[E]s legítimo el fin pretendido en la norma “discriminatoria”, que consiste en facilitar la vida familiar con la profesional, mediante la atribución de un punto en los méritos del concurso a fin de favorecer que el funcionario pueda ocupar un puesto de trabajo en la misma localidad donde ya lo hace su cónyuge, y es razonable el régimen instrumentado por el legislador, puesto que únicamente atribuye un punto, dentro de la valoración de todos los méritos...”

La interdependencia existente entre los derechos de conciliación y la promoción en el empleo debe subrayarse.

La conflictividad y el recelo social que presentan las medidas de acción positiva diferenciadora, por desconocimiento del sentido del Derecho antidiscriminatorio, se detecta de manera significativa en las SSTSJ Extremadura 1481/2009 y en la 1007/2009. Con respecto a la primera, el Tribunal responde a la demanda interpuesta por la Confederación Nacional de la Construcción contra la Resolución de la Consejería de Fomento de la Junta de Extremadura, que anuncia concurso para la contratación de obras de la Estación depuradora de aguas residuales en Navalmoral, por incluir entre los criterios de adjudicación del concurso la valoración con porcentaje entre 0 y 5 puntos, *“según el personal femenino total de la empresa licitadora”* (para promover la incorporación de las mujeres a las plantillas de las empresas). Se critica en la demanda que este criterio de adjudicación *“pugna con la legalidad”* (art.86 TRLCAP), *no es objetivo, no tiene relación con el objeto*

del contrato, choca con los criterios jurídicos Comunitarios”. El Tribunal, por el contrario, destaca que la adopción de medidas de acción positiva para favorecer la incorporación laboral y profesional de las mujeres, con la finalidad de igualar su presencia a la de los hombres, son legítimas, y conformes al mandato legal. Se argumenta que la LOIMH es transversal, y que primar en igualdad de condiciones a empresas que hayan incorporado a mujeres en sus plantillas es ventajoso para los intereses generales. En igual sentido se pronuncia la sentencia TSJ EXT 1007/2009, número de recurso 249/08.

Al unísono con este significativo recelo y rechazo social en torno a las medidas adoptadas por el legislador para acortar la distancia efectiva en el disfrute de los derechos de ciudadanía social de mujeres y hombres, nace el cuarto punto que merece una somera reflexión. Se detecta una falta de precisión y de rigor científico-jurídico por parte del Abogado del Estado, cuando se mueve en el coso de la igualdad efectiva, versus al significativo rigor y a la enorme casuística al tratar de desmontar el argumento de la legitimidad de las Federaciones autonómicas (especialmente, la vasca), en ámbitos con competencias exclusivas del Estado español. En esta línea, se han generado tantos recursos como deportes y estatutos existen. Las sentencias que los abordan son múltiples; entre otras: STSJ PV 3998/2008 (Rec. 970/07); STSJ PV 3998/2008 (Rec. 70/07). Ciertamente, el que “*el Abogado del Estado ni siquiera mencione qué preceptos de carácter imperativo se vulneran, lo que debe llevar a la desestimación de este motivo impugnatorio*” –FJ 5º, de la STSJ PV 3998/2008– no es excusa para que los Tribunales encargados de resolver estos recursos hubieran utilizado el art. 4 y el 2.2 de la LOIMH en la interpretación y aplicación de las normas, que permite la aplicación general del principio de igualdad de trato y de oportunidades de mujeres y hombres, y hubieran declarado nulos los artículos de los estatutos deportivos que no desarrollen las acciones positivas de promoción de las mujeres en el deporte, y que no responden a la exigencia –obligatoria por Ley Orgánica– de presencia equilibrada de mujeres y hombres en los cargos directivos.

Pese a las dificultades detectadas, el quinto punto destacado en el análisis de las sentencias de la jurisdicción contencioso-administrativa, en el ámbito de la promoción profesional, gira en torno al importante reconocimiento legal y judicial de la maternidad como posible causa de discriminación directa, tal y como se recoge en la LOIMH. Buena parte de las sentencias analizadas –ídem en la jurisdicción social– dan cuenta de las serias dificultades de las empleadas públicas para compatibilizar la promoción profesional con la maternidad. En la sentencia STSJ Baleares 1409/2007, número de recurso 343/2007, se resuelve la apelación realizada por el Ayuntamiento contra la Sentencia de instancia, en la que se estima la demanda de la funcionaria y se le reconoce el derecho al aplazamiento de las pruebas físicas del concurso oposición para cubrir plazas de Policía Local, por causa de maternidad sobrevenida con riesgo. El Ayuntamiento había rechazado la petición de exención y/o aplazamiento de éstas, por no estar previsto en las bases del concurso y argumentó que excluir de la prueba por razón de embarazo, “*decisión personal de la mujer*”,

sería discriminación por razón de sexo inadmisibles. El Tribunal, al respecto, fue tajante: *“El factor diferencial del embarazo exige tratamiento jurídico diferenciado para hacer efectiva la igualdad de la mujer en el acceso a la función pública, y obviarlo es olvidar la efectividad del principio constitucional de igualdad”*.

La sentencia pone de relieve que el principio de igualdad no puede verse alterado por la pretendida efectividad del proceso selectivo. En la misma línea, también tuvo ocasión de pronunciarse la STS 3119/2009, número de recurso 4595/2005.

IV. LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN

1) Reducción de jornada y concreción horaria

Este es uno de los contextos en los que existe más tensión entre la igualdad formal y la igualdad efectiva, a lo que hay que sumar la complejidad que introduce la diversidad de estatutos jurídicos y normativas que conviven en el seno de la Administración y que están desarrollando los derechos de conciliación.

Por otra parte, las sentencias analizadas se han producido como consecuencia de reclamaciones presentadas, sobre todo, por mujeres (hasta 20, de entre las cuales, 5 eran empleadas públicas), organismos públicos (13), hombres (9, siendo empleados públicos 5 de ellos) y empresas (7). En cambio, los sindicatos y las organizaciones sociales han sido demandantes 1 vez, al igual que las empresas públicas. Estas cifras evidencian que buena parte de la conciliación entre vida laboral y familiar sigue, por el momento, recayendo en las mujeres. En dos casos no se indica el demandante.

De manera específica, las sentencias analizadas se han centrado en los siguientes problemas:

1) Como consecuencia de la apuntada diversidad de estatutos jurídicos que existen en el interior de cada administración y que confluyen en un mismo servicio, una de las cuestiones más conflictivas ha sido decidir cuál de ellos sería aplicable, y si cabe o no una interpretación literal o extensiva de los preceptos que desarrollan los diferentes derechos de conciliación. La mayoría de las peticiones se centran en pedir la aplicación del estatuto legal más favorable, y cuando esto no es posible, se solicita una interpretación extensiva del precepto legal aplicable. En este sentido, es interesante la argumentación seguida en la STSJ de Castilla–León 6986/2009, con respecto al artículo único del Real Decreto 2670/1998 y el art. 37.6 del E.T. Aunque la sentencia reconoce las diferencias normativas sostiene:

“[T]iene razón la apelante cuando viene a decir que la interpretación del precepto aplicado ha de hacerse de acuerdo con los principios constitucionales que regulan la protección a la familia y a la infancia reconocidos en el art. 39.1 CE, y ello en cuanto, como establece el art.53.3 de la misma, tales han de informar la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. De este modo, si la ratio legis del precepto, o, dicho en términos del art. 3.1 del Código civil, su espíritu y su finalidad, estriba en posibilitar o facilitar al funcionario que atienda a sus obligaciones de guarda legal de un menor de seis años, de un anciano que requiera especial dedicación, o a un discapacitado, va de suyo que la forma de concreción horaria en que ha de manifestarse la reducción de la jornada habrá de procurar, y aún cuando ello pudiera producir alguna perturbación en el servicio, precisamente la satisfacción de dicha finalidad. Lo que supone, en definitiva, que no se compadecería con la razón de ser de la norma, y por lo tanto

la contravendría, una distribución horaria que prescindiera por completo de esas necesidades esgrimidas por el funcionario para solicitar la reducción de jornada”.

Ahora bien, según esta sentencia, la potestad de auto-organización que corresponde a la Administración a la hora de fijar la distribución horaria del funcionario que solicita la reducción de jornada con amparo en el art. 30.1 g), (modificado por la LOIMH), no podrá hacerse *“de forma libérrima, sino que ha de partir necesariamente de los particulares intereses y necesidades del trabajador, procurando, en la medida de lo posible, establecerla en la forma concreta que se solicita”* (F. 3º). Esto permite concluir al tribunal que la potestad de la Administración no puede vaciar de contenido los derechos reconocidos en la LOIMH, estimando que la reducción de jornada ha de concederse en principio en la parte misma que interese al funcionario solicitante y *“las excepciones habrán de apreciarse de forma restrictiva, exigiéndose en todo caso una respuesta debidamente motivada que atienda a razones serias y objetivas de organización del trabajo.”* (F.4º)

2) El derecho a conciliar no es automático, sino que hay que probar la situación de necesidad. La necesidad no se presupone por el mero hecho del nacimiento o la existencia de un menor, ni se reconoce la corresponsabilidad en el cuidado, a pesar de decir el art.44 LOIMH, que se trata de fomentar la asunción equilibrada de responsabilidades, al exigirse que ambos progenitores trabajen fuera de casa y sea probada la necesidad. Así se aprecia en la sentencia 1280/2009, de la Audiencia Nacional, relativa a la adjudicación por concurso del puesto de Jefe de Unidad de Recaudación, correspondiente a la Delegación de Castellón. Entiende el tribunal que el juzgador de instancia tenía razón al valorar que *“no concurre el requisito de acceso del cónyuge a su puesto de trabajo mediante convocatoria pública, ni se acredita fehacientemente que el puesto que se solicita permite una mejor atención a los menores, ni en general se ofrece razonamiento alguno relativo a la mejora sustancial de las circunstancias por no trasladarse a 9 km, teniendo en cuenta que todo ello constituye la justificación para ignorar la aplicación de los principios de mérito y capacidad legal que constitucionalmente deben presidir la actividad administrativa en la materia litigiosa”*. El análisis de las sentencias permite sostener que los derechos de conciliación están pensados esencialmente para un determinado modelo de familia tradicional (madre-padre-hijas e hijos) y para el cuidado de los menores. Son muy pocos los casos en los que se solicita este permiso para cuidar a las madres o padres o parientes en segundo grado de consanguinidad, a pesar de prever la Ley esta posibilidad.

3) Existe una fuerte conflictividad en los supuestos de ausencias retribuidas y en las peticiones de concreción horaria. En estas situaciones se aprecian los siguientes problemas:

a) Sobre las situaciones de ausencias retribuidas, la sentencia del TSJ Cataluña 8347/09, que resuelve el recurso 124/2007, examina si existe *“el derecho a la doble reducción de un tercio de la jornada de trabajo en caso de parto de niños gemelos, de forma compactada, es*

decir el derecho a disfrutar de 12 semanas y luego otras doce más, en total de 24". Sostiene el Tribunal que mientras el permiso de maternidad lleva aparejada la ampliación del tiempo de disfrute de dieciséis semanas ininterrumpidas a dos semanas más por cada hijo o hija a partir del segundo, no cabe esta ampliación en los supuestos de reducción de jornada por razón de guarda legal de un niño o niña (art.2 del Decreto 266/2002, de 8 de octubre, igual cabe decir del art. 97.2 del Decreto legislativo 1/1997, después de la reforma introducida por la Ley 6/2002, que es la que ahora se aplica). La Ley catalana reconoce a sus funcionarios autonómicos el ejercicio del derecho a la reducción de jornada por razón de guarda legal de un menor de un año, sin reducción alguna en la retribución. El interés de esta sentencia es mostrar cómo existen claras diferencias económicas entre unos permisos y otros que los tribunales reconocen de forma explícita.

b) Estas diferentes situaciones económicas han obligado a los tribunales a pronunciarse sobre los distintos complementos salariales y si éstos forman parte de lo que se denomina "retribución íntegra". A este respecto se ha considerado que tanto el complemento de productividad como el de jornada partida, e incluso el complemento de trabajo en días festivos, forman parte de la retribución íntegra, y por consiguiente deben abonarse a quienes disfrutan de una reducción de jornada por cuidado de hija o hijo que lleve aparejada el 100% de la retribución. En este sentido, la STSJ de Cataluña 930/2009 estima el recurso y anula la resolución por la que se negaba el derecho a percibir el complemento de jornada partida a quien disfrutaba de una reducción de jornada para cuidado de un menor de un año, donde se dice:

"No es posible restringir tanto la interpretación de las peticiones que realizan los ciudadanos hasta el punto de exigir que el funcionario deba presentar cada uno de los meses una solicitud concreta solicitando el reconocimiento del 100% de las retribuciones".

La relevancia de esta sentencia está en el reconocimiento real del 100% de la retribución para el funcionariado, sin que sea posible reducir el salario a través de una consideración diferente de los complementos con respecto a la retribución básica. En este sentido, los tribunales son firmes: si se reconoce por ley la retribución íntegra, se debe obtener el mismo salario que se poseía antes del disfrute de la reducción de jornada por cuidado de una o un menor.

c) Sobre la reducción de jornada y concreción horaria, las sentencias analizadas muestran cómo los tribunales han debido resolver situaciones en las que se solicita la concreción sin reducción de jornada, en trabajos por turnos y en trabajos a tiempo parcial. En estos casos, la mayoría de los tribunales consideran que no cabe concreción horaria sin reducción de jornada, puesto que la LOIMH une dichas situaciones y teniendo la oportunidad de modificar esta situación, que era la ya existente, no lo hizo. Además, se pone de relieve cómo éste es un derecho que no se concede automáticamente. Es necesario que la petición sea ponderada en atención a las necesidades y organización del servicio y respecto

a los efectos causados a terceros, especialmente en los trabajos por turnos, un análisis al que se suma, como ya hemos expuesto, probar la necesidad de cuidar.

Veamos, a continuación, las situaciones tratadas en las sentencias analizadas:

c.1) Cuando se pretende una concreción horaria sin reducir jornada, la respuesta jurisprudencial se mueve entre el rechazo, basado en la interpretación literal de la norma que une reducción de jornada y concreción horaria, y la aceptación, cuando se realiza una interrelación extensiva de la norma, al entender que la concreción horaria es un elemento complementario a la reducción¹⁸⁸.

En este sentido, existe una jurisprudencia del TS de 13 y 18 de junio de 2008 (STS 4569/08, nº Rec 1625/07¹⁸⁹, STS 4494/08, nº Rec 897/07¹⁹⁰) en la que existe un voto particular

.....
188 Se reconoce al funcionariado en las disposiciones adicionales de la LOIMH diferentes permisos de ausencia y reducción de jornada. Entre ellos cabe reseñar el *permiso especial* de ausencia de dos horas diarias, con la correspondiente *disminución de sus retribuciones*, en el supuesto de hijos prematuros o que por cualquier causa deban permanecer hospitalizados a continuación del parto (disposición adicional décimo novena, puntos ocho y nueve). El punto once de la *disposición adicional decimonovena* de la LOIMH, modifica el primer párrafo de la letra g, del art.30.1, de la Ley para la Reforma de la Función pública, y reconoce la posibilidad de reducir jornada al funcionariado que, por razones de guarda legal, tenga a su cuidado directo algún menor de doce años o mayor que requiera especial dedicación o una persona con discapacidad que no realice actividad retribuida A lo que se añade una letra g bis), al art. 30.1, en el que se afirma: “*el funcionario que precise atender el cuidado de un familiar en primer grado, tendrá derecho a solicitar una reducción de hasta el cincuenta por ciento de la jornada laboral, con carácter retribuido, por razones de enfermedad muy grave y por el plazo máximo de un mes. Si hubiera más de un titular de este derecho por el mismo hecho causante, el tiempo de disfrute de esta reducción se podrá prorratear entre los diferentes titulares del derecho*”. En estos supuestos, la tensión interpretativa ha existido respecto a las peticiones en las que sin reducción de jornada se solicita concreción horaria.

189 La actora, madre de una niña con minusvalía, ha trabajado desde 1996 en la empresa a tiempo parcial, y en 1998 pasó a prestar servicios a razón de 8 horas/día, con obligación de trabajar sábados y vísperas de festivo si era requerida y con mayor concentración en ciertos meses del año. En 2006 solicita a la empresa concreción horaria y pasar a realizar la jornada de trabajo de lunes a viernes de 9 a 14 horas para cuidado de su hija, lo que le fue denegado. Se recurre la sentencia de instancia por unificación de doctrina, y se denuncia infracción del art. 39 CE, Ley 39/1999, arts 20 y 37.6 ET. La sentencia de contraste es la sentencia del TSJ de Baleares 4 julio 2005. El tribunal responde que la petición carece de apoyo legal ya que el derecho que se establece a la persona trabajadora por el art. 37.6 ET está vinculado a la reducción de jornada y consiguiente reducción de retribuciones, de ahí que no sea admisible la modificación unilateral del sistema de trabajo a turno. Tampoco la LOIMH daría cobertura legal a esta petición, pues establece que se estará a lo que se decida en negociación colectiva.

190 La trabajadora demandante solicitó a la empresa una reducción de jornada por cuidado legal de su hijo, que le fue reconocida. Posteriormente solicitó volver a la jornada efectiva, de 40 horas con horario de mañana y tarde, y en esta situación solicita a la empresa que le reconozca el derecho a la asignación de un horario de trabajo de mañana que le permita conciliar la vida familiar y laboral, sin reducción de jornada. Se considera que no existe respaldo legal a la solicitud de la demandante dado que no cabe una interpretación extensiva del art.37. 5 y 6 del ET. Valora el tribunal que la LOIMH pudo haber introducido esta situación, cambio de horario sin reducción de jornada y no lo ha hecho. Por tanto, no corresponde a los órganos judiciales funciones legislativas. En contra de esta decisión, se incluye el voto particular que comentamos. El interés de esta sentencia es que está unificando doctrina.

donde se sostiene, frente a la decisión del Tribunal, que el fin último de la legislación en materia de conciliación de la vida personal, laboral y familiar debe interpretarse en interacción con el art. 39 de la CE, en el que se protege a la familia y la infancia, con el valor que los Tratados asignan a estas medidas como fuente del derecho, y desarrolla el derecho comunitario. Con base en esta argumentación, se sostiene que cabe una interpretación extensiva de los preceptos del E.T. referentes a la conciliación.

También se resalta, en este voto particular, la complejidad normativa que se exige para interpretar el sentido de los derechos de conciliación en el marco de la LOIMH, y la responsabilidad que tiene la función jurisdiccional en la resolución de las lagunas legales cuando existe suficiente apoyo normativo para ello. En concreto, se defiende una interpretación extensiva del art. 37.6 ET, interpretándose que la concreción horaria o el cambio de turno es un complemento a la reducción de jornada. Esta interpretación intenta superar la rigidez que se observa en la regulación de los derechos de conciliación. La propia naturaleza de estos derechos exige flexibilidad, puesto que las circunstancias de las personas se modifican y muchas veces contra su voluntad. Por este motivo, no basta con permitir que el derecho a reducir jornada y concretar horario se pueda hacer en diferentes momentos, pues también debería existir la posibilidad de separar ambas situaciones, si bien valorando las diferentes circunstancias. No obstante, esta interpretación es mayoritariamente rechazada por los diferentes tribunales, aunque se reconozca por algunos que es razonable solicitar un turno más cómodo, para tener mejores condiciones para conciliar la vida laboral y familiar.

c.2) Respecto a las dificultades que encuentra la reducción de jornada y la concreción horaria en los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, cabe citar la sentencia STSJ de Castilla y León 6986/09 (número de recurso 39/2009), la cual resuelve un recurso interpuesto contra la resolución de 16 de enero 2008 del General jefe de Zona de la Guardia civil, en la que se desestima reducir la jornada de la demandante en un tercio por razones de guarda legal.

Ante esta situación entiende el Tribunal que aunque a la demandada no le es de aplicación el ET, puesto que existe un régimen específico para los funcionarios (Real Decreto 2670/1998), éste debe interpretarse conforme a los principios constitucionales que mandan proteger a la familia y a la infancia, y dado que estos principios deben informar la práctica judicial y la interpretación de las normas para todos los poderes públicos. Y aunque se deba tomar en consideración el interés del servicio y las necesidades de organización del mismo, debe partirse necesariamente de los *“particulares intereses y necesidades del trabajador, procurando, en la medida de lo posible, establecerla en la forma concreta que se solicita; de otro modo, si es que concurriesen razones cualificadas de organización del servicio que lo impidiese, cuya apreciación en todo caso es restrictiva, la administración habrá de justificarlo convenientemente”*.

Con estas palabras, el Tribunal pretende que la Administración no utilice su derecho a la organización del servicio para vaciar de contenido el derecho a conciliar. Una situación semejante se analiza en la sentencia de la Audiencia Nacional 1066/2009, que resuelve el recurso 308/08, contra la resolución del General del Ejército por la que se designa a la recurrente para ocupar forzosamente el puesto de ALOG L/H, desplegado en el Líbano. Aunque en ambos casos el núcleo de la cuestión está centrado en las necesidades del servicio, aquí el tribunal recuerda a la recurrente que los derechos de conciliación no pueden servir para alterar o modificar el sentido de su propia función. La recurrente ya había disfrutado de los permisos correspondientes y pretendía, a través de la reducción de jornada y concreción horaria, evitar ir al Líbano.

Respecto a la ponderación que debe realizarse para rechazar o no el derecho a la reducción de jornada y concreción horaria, en atención a los derechos de las y los compañeros afectados, la sentencia del TSJ Galicia 10832/2009 que resuelve el recurso 115/09, considera que la posibilidad de concreción de jornada, no así la reducción de la misma, queda a merced de las necesidades del servicio, pues debe ponderarse la conciliación y el interés público. No se rechaza la concreción, sino que se deja a la decisión del jefe de la unidad militar su decisión, en atención a las necesidades del servicio. También deniegan la elección de un turno la STSJ de Extremadura 2526/2009, que resuelve el recurso 1213/08, la STSJ de Galicia 1796/2008, que resuelve el recurso 421/07 y la STSJ Castilla La Mancha 236/2008, que resuelve el recurso 261/06.

c.3) Acerca de si pueden reducir horario para conciliar quienes trabajan a tiempo parcial es algo que se discute en la sentencia TSJ de Andalucía 11903/2009, que resuelve el recurso 2376/08, que resuelve el caso de una empleada con contrato indefinido a tiempo parcial que solicitó a la empresa, tras el disfrute de excedencia para cuidado, la concreción de su horario de trabajo en turno de mañana de lunes a jueves a fin de conciliar su vida laboral y familia, siendo denegada la solicitud. El Tribunal entiende que no tiene aplicación la doctrina establecida en la sentencia TC 3/2007, 15 de enero, al no tratarse de una reducción de jornada y horario, sino de una petición de cambio de horario y por tanto de turnos, sin reducción de jornada, lo cual no tiene apoyo legal, al no estar comprendido dicho supuesto en el art. 37 ET. El legislador pudo haber incluido este supuesto en la reforma operada en el art. 34 del ET, por la ley de igualdad 3/2007, pero no lo hizo. Aun reconociendo que lo solicitado mejoraría las posibilidades de conciliar, no puede otorgarse lo pedido sin “*violar el principio de legalidad*”.

También la sentencia del TSJ de Cataluña 8826/2008, que resuelve el recurso 153/06, discute este tema. En este caso, el centro del debate está en si se trata de un derecho que se concede en todo caso o se exige una concreta finalidad. Cabe destacar en esta sentencia que, en principio, el derecho a reducir jornada no es incompatible con el trabajo a tiempo parcial, teniendo que analizarse en cada caso la situación para probar la necesidad.

Además, se pone de relieve que la determinación de la necesidad ha de establecerse en atención a la situación de ambos progenitores y se matiza que la reducción de jornada no “*conlleva de suyo un cambio de turnos*”. En sentido contrario, reconociendo la concreción horaria, está la STSJ de Castilla y León 3732/2009, número de recurso 2853/08.

Respecto a esta problemática, cabe citar también la STSJ de Murcia 2350/2009. El Tribunal deniega el recurso presentado al entender que la orden y el plan alegados para fundamentar su apelación de concreción horaria no generan obligaciones concretas, ni tampoco derechos, pues son sólo directrices generales que han de desarrollar las respectivas Administraciones, y sostiene que la mera dificultad para conciliar no es determinante para el reconocimiento del derecho a la modificación de la jornada de trabajo. No cabe confundir “imposibilidad con conciliación”, se indica en esta sentencia, de manera que para aceptarse la modificación de la jornada de trabajo ha de alegarse y probarse la imposibilidad total de atención a los menores. Una valoración, recordemos, en la que se atiende al horario de trabajo de ambos progenitores.

4) Se acepta de forma mayoritaria en las sentencias analizadas que la reducción y la concreción afecta igualmente a la jornada ordinaria y extraordinaria. Así ocurre en la sentencia del TSJ de Castilla y León 378/09, que resuelve el recurso 585/08 y, en el mismo sentido, las STSJ de Extremadura 364/2009, que resuelve el recurso 44/09, y la 351/2009, que resuelve el recurso 54/09.

5) También se observa en las sentencias analizadas el debate acerca de si cabe o no apelación en los supuestos de concreción horaria y reducción de jornada, una cuestión que queda zanjada por la LOIMH, donde se establece que en tales supuestos no cabe apelación. En este sentido, cabe mencionar la STSJ de Castilla y León 1144/2009, número del recurso 534/08, en la que se rechaza la posibilidad de apelación en reducción de jornada.

6) Se han detectado también tensiones interpretativas entre la ley estatal y las leyes autonómicas, en materia de derechos de conciliación. El juzgado de lo contencioso-administrativo núm. 17 de Barcelona responde a esta cuestión en la sentencia 385/2008¹⁹¹, cuando resuelve la pretensión de nulidad de pleno derecho del acto administrativo, por el que se deniega al personal estatutario el derecho a gozar de los siguientes permisos: el permiso de lactancia hasta que el hijo tenga 12 meses, el permiso por muerte o fallecimiento, accidente, hospitalización o enfermedad grave de un familiar hasta el primer grado, por

191 Esta sentencia es interesante, además, por el pronunciamiento que en ella se contiene sobre la transformación que ha sufrido la jurisdicción contencioso-administrativa con la publicación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, que supone la definitiva supresión de la concepción meramente revisora de esta especializada jurisdicción, y se transforma en un instrumento idóneo para lograr el futuro control por los tribunales de la legalidad de la actuación administrativa así como el pleno desarrollo del fundamental derecho a la tutela judicial efectiva de las personas en este ámbito.

consanguinidad o afinidad, durante tres días hábiles si el hecho se produce en la misma localidad (ampliables a 5 días hábiles cuando sea en una localidad diferente) y el derecho a la reducción de jornada de un tercio o de la mitad hasta que el menor tenga 12 años¹⁹².

Frente a la eliminación de estos derechos, el tribunal afirma:

“Este tribunal no puede compartir dicho criterio, cuando esas directrices pueden llegar a perjudicar directamente a los derechos de los propios trabajadores, independientemente de que por su naturaleza interna, no se les otorgue la consideración de terceros o calificativo de ciudadanos o, tal y como se expresa en los términos de la citada sentencia, tengan carácter de subordinados, pues en mi humilde opinión, se estaría vulnerando el contenido del art. 14 CE en relación con el art.9.1, por lo que se estaría por encima de la aplicación del art. 21 de la LRJPAC”.

Los criterios establecidos en la ICS (la administración cuyo acto se impugna) *“disfraya de directrices internas, amparándose en el art. 21 LRJPAC e interpretando la STS de forma muy restrictiva, especial y conveniente a sus intereses, pues no estamos hablando de simples directrices internas de actuación sin eficacia externa para los ciudadanos, sino de aplicación de Derechos Fundamentales regulados en una Ley Orgánica, con posible incidencia en los derechos de terceras personas, como puede ser el caso del permiso de lactancia, por ejemplo”* (F 2º). Por eso concluye: *”Respecto a la aplicación de las normas, debe ser preferente el contenido de una Ley Orgánica frente a una Ley autonómica, sobre todo en el apartado de derechos fundamentales y conciliación de la vida familiar, ya que, de otra manera se estarían vulnerando los derechos de terceras personas”.* (F. 2º)

7) Para concluir con esta temática, debe destacarse la sentencia del TSJ PV 1492/2009, que resuelve el recurso 76/2007. El interés de esta sentencia radica en el amplio conocimiento que la misma desvela sobre el derecho antidiscriminatorio, el derecho comunitario, y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal constitucional en materia de igualdad efectiva, frente a los argumentos esgrimidos por la parte recurrente. El tribunal utiliza las erróneas argumentaciones contenidas en el recurso para responder con precisión y rigor a los viejos reproches que se vuelcan contra el derecho antidiscriminatorio en materia de discriminación por razón de sexo.

192 Lo que está en discusión es si es de aplicación al personal estatutario determinados aspectos de la Ley 8/2006, de 5 de julio de medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del personal al servicio de las Administraciones públicas de Cataluña, en relación con lo establecido en la Ley 7/2007, de 12 de abril, de l'Estatut Bàsic de l'Empleat Públic.

2) Permisos de maternidad/paternidad

Sólo se ha encontrado una sentencia –STSJ de La Rioja 349/2009 que resuelve el recurso 151/08– que trate directamente sobre este particular. La parte actora, funcionario del Cuerpo Nacional de Policía, solicita le fueran concedidos cinco días de permiso de paternidad que consideraba debía disfrutar, ya que a fecha del nacimiento de su hijo, sólo disfrutó de diez días, y ello en base a la aplicación retroactiva de lo dispuesto tanto en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, como en la Disposición Transitoria Sexta de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en relación con su Disposición Adicional Decimonovena, que lo retrotrae a los hechos causantes originados y vigentes a 1 de enero de 2006, y sólo en el ámbito de la Administración General del Estado. Entiende asimismo la parte actora que *“tiene un hijo de corta edad y que es totalmente dependiente, y que la razón es poder cuidar a ese hijo, siendo necesarios esos cinco días que por ley le corresponden porque el permiso no se coge de forma inmediata al nacimiento ya que esta es una posibilidad, se puede coger durante la baja por maternidad de la madre”*.

Se desestima la pretensión, ya que para el Tribunal, la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 3/2007,

“establece una retroactividad de grado medio, es decir, la nueva ley se aplica a efectos nacidos ya durante la vigencia de la ley derogada, pero sólo cuando hayan de ejecutarse después de estar vigente la nueva ley. Y en consecuencia al establecer la Ley 3/2007 (disposición adicional decimonovena) un permiso por el nacimiento de un hijo de quince días a partir de la fecha de nacimiento, no se puede conceder tal permiso cuando ya ha transcurrido el tiempo para solicitarlo”.

Asimismo, entiende el Tribunal que *“la retroactividad prevista por el legislador, ha de conectarse con el contenido y finalidad de la norma modificada, y así, la retroactividad de la norma, se extenderá y causará plenos efectos sólo en aquellos supuestos en los que estén vigentes los presupuestos de hecho exigidos por la norma para acceder al correspondiente permiso o excedencia”*. *“En el supuesto actual, y teniendo presente que el permiso por paternidad, pretende atender al cuidado del menor en los primeros días de su vida (...), resulta evidente que al actor, no le puede resultar extensible la retroactividad de la norma, por cuanto, en el momento actual, no existen los presupuestos de hecho exigidos para su disfrute, los cuales al no estar vigentes, determinan la improcedencia de la pretensión aducida por el recurrente”*.

Aun a sabiendas de que apenas cinco días son claramente insuficientes, hubiera resultado interesante, y hubiera tenido un claro papel simbólico, que el Tribunal hubiera estimado el recurso, apostando por la necesidad de que los varones, padres de familia, soliciten y se hagan cargo de sus hijos e hijas recién nacidos. Optar por una excesiva

valoración del grado de retroactividad que tiene la Ley (de grado medio) y valorar “*que la retroactividad de la norma, se extenderá y causará plenos efectos sólo en aquellos supuestos en los que estén vigentes los presupuestos de hecho exigidos*”, entendiendo que el nacido ya no es un “recién” nacido, y que por ello decae el derecho, como si no fuera necesario el papel del padre en la etapa “post–neonato”, hace que la Disposición Transitoria Sexta de la Ley de Igualdad quede en papel mojado, así como el sentido de una norma que pretende animar a los padres a ocuparse de su responsabilidad en el cuidado inmediato y posterior de su descendencia.

Como anécdota, cabe hacer alusión al lapsus que se produce cuando, al citar la Ley de Igualdad, se invierte el orden de las palabras. Así, donde debe decir Ley Orgánica para la “*igualdad efectiva de mujeres y hombres*” dice “*igualdad efectiva de hombres y mujeres*”.

3) Acumulación de vacaciones por baja de maternidad

Sólo se ha hallado una sentencia –STSJ ICAN 1975/2009, que resuelve el recurso 583/08– en la que se trate la acumulación de vacaciones del año anterior al nacimiento del hijo/a no disfrutadas por parte de la recurrente. La parte actora solicita la acumulación de las vacaciones de 2007 (no disfrutadas por causa de una baja por riesgo durante el embarazo desde el 7 de mayo de 2007 hasta 31 de diciembre de 2007), a la baja por maternidad y al período de lactancia que disfruta tras el parto (1 de enero de 2008 según la DGP; 31 de diciembre de 2007, según la actora).

Por su parte, la Resolución de la Dirección General de la Jefatura Superior de Policía de Canarias desestima, en segunda instancia, la pretensión, apoyándose en el apartado 4 de la Orden APU 3902/05, de 15 de diciembre, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de la Mesa General de Negociación por el que se establecen medidas retributivas y para la mejora de las condiciones de trabajo y la profesionalización de los empleados públicos, y entiende que “*la funcionaria puede, si lo desea, acumular las vacaciones que le puedan corresponder en el año 2008, no las del 2007...*”.

Finalmente, la parte actora interpone recurso contencioso–administrativo contra la citada resolución, y formaliza demanda con la súplica de que se estime el recurso, se declare nulo el acto recurrido, y se declare su derecho a disfrutar del período correspondiente a las vacaciones establecidas para el 2007, y a que la DGP la indemnice en la cantidad de 12.000 euros por el daño moral y la angustia causados, así como a las costas procesales correspondientes.

Con respecto a la petición de nulidad de las resoluciones impugnadas por razón de discriminación, afirma el Tribunal en el FJ 1º:

“[l]as Resoluciones impugnadas, que denegaron a la recurrente su solicitud de disfrutar las vacaciones anuales correspondientes a 2007 una vez finalizara el permiso por maternidad que desde el 1 de enero de 2008 tenía concedido (vacaciones que no pudo disfrutar durante 2007 a causa de una baja por incapacidad temporal ocasionada por el embarazo, que le fue concedida en mayo de ese año), supone una discriminación por razón de sexo, vulneradora, por tanto, del art. 14 de CE, como muy bien apunta la recurrente en la demanda”.

Y continúa en el FJ2: *“Hemos de concluir, por tanto, que la negativa a que la recurrente pudiera disfrutar de sus vacaciones anuales retribuidas, en cuanto se fundó en el momento y la circunstancias de su embarazo y posterior maternidad, constituyó un supuesto de discriminación directa por razón de sexo”.*

Con respecto a la petición de indemnización por daños morales, el Tribunal entiende que la parte actora no ha acreditado –siquiera indiciariamente– la existencia del daño moral invocado: *“Ahora bien, dado que, obviamente, las vacaciones de 2007 no podrán ser ya disfrutadas por la recurrente, debemos, cuanto menos, declarar su derecho a la percepción de una indemnización en cuantía igual a la de las retribuciones correspondientes al período de tiempo durante el que debió disfrutar de dichas vacaciones; cuantía que, en defecto de acuerdo entre las partes, fijará este Tribunal, en ejecución de sentencia”.*

Sorprende que no haya ninguna referencia a la LOIMH, pese a que el hilo conductor de la sentencia es la discriminación por embarazo o maternidad como forma de discriminación directa (siendo así calificada, efectivamente, por el Tribunal). El art. 8 de la L.O.3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres determina que *“[c]onstituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad”.* Por lo demás, la Ley de Igualdad, en la Disposición adicional 11ª, que modifica el ET, añade un párrafo 2º, al ap.3 del art. 38, en los siguientes términos: *“Cuando el período de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones de la empresa al que se refiere el párrafo anterior coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural (...) se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal (...) aunque haya terminado el año natural al que correspondan”.*

Esta omisión de la Ley de Igualdad sorprende, aún más, en una sentencia donde se detecta un interés significativo por parte del Tribunal de perseguir toda posible discriminación por razón de sexo. No obstante, debe resaltarse el conocimiento y exposición del Tribunal en relación a la jurisprudencia constitucional respecto a la discriminación por razón de sexo, así como la referencia que hace a la relativamente reciente Sentencia del TJUE “Merino Gómez”, de 18 de marzo de 2004, sobre este particular. En definitiva, resulta una sentencia muy acertada en todos sus términos, pese a no aludir a la Ley de Igualdad.

4) Excedencia por cuidado de hijos/as

Se ha encontrado una sentencia en la que se hace referencia al cómputo del tiempo de excedencia voluntaria por cuidado de hijos/as. Se trata de la STSJ GAL 6178/2008, que resuelve el recurso 101/08. El recurrente, médico especialista en Pediatría, participó en el proceso extraordinario de consolidación de empleo convocado por Orden de la Consellería de Sanidad de 12 de mayo de 2006 para la selección y provisión de plazas de personal estatutario de las instituciones sanitarias dependientes del SERGAS por la categoría de Pediatra de Atención Primaria, fase de provisión. Publicada la lista provisional en la fase de destinos y obtiene una puntuación de 85 puntos, en la que se ha tenido en cuenta su experiencia profesional y la entrevista (respectivamente 55 y 30 puntos), sin que se le adjudicase destino. La misma puntuación total y por los mismos conceptos fue obtenida por otra aspirante, a quien se le adjudicó destino en el Centro de Salud Federico Tapia de A Coruña. El aspirante formuló reclamación, pero finalmente la plaza se le adjudica a la aspirante. Inmerso en el proceso, la parte actora basa su demanda *“en haberle computado indebidamente a la codemandada el período comprendido entre los días 18 de febrero de 1992 y 31 de enero de 1993, en que permaneció en situación de excedencia voluntaria para cuidado de hijos”*.

La Administración demandada argumenta que al estar ambos candidatos igualmente valorados con 85 puntos, acudió a la Base novena, punto 5 de la Orden consellerial de 12 de mayo de 2006, que contiene las bases que han de desarrollar el proceso extraordinario de consolidación de empleo, siguiendo la cual, *“para el caso de empate, resuelve a favor del que tenga más tiempo de servicios prestados”*, siendo así que la candidata *“tiene a su favor una diferencia de 7 meses más de servicios prestados pues la suma de estos obtiene una cantidad de 353 meses frente al recurrente que sólo acreditó 346 meses”*.

El conflicto, pues, reside en determinar si ha de computarse o no el período de tiempo de excedencia voluntaria para cuidado de hijos, para el acceso a la plaza.

No se menciona la L.O. 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Sin embargo, sí recoge el articulado citado por la Sentencia de Instancia, tales como el art. 55.4, párr. 6 de la Ley 4/1988, de 26 de mayo; la Ley 39/199, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de la personas trabajadoras que modifica el apartado 5 del art. 29 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto de Medidas Urgentes, para la reforma de la Función Pública, e incluso recoge como contexto normativo posterior, a la Ley 7/2007, de 12 de abril, que aprueba el Estatuto Básico del Empleo Público, en la previsión de su art. 89.4, párr. 5º.

Finalmente, se desestima el recurso y se reconoce el tiempo de excedencia voluntaria por cuidado de hijos e hijas, como período efectivamente de servicios prestados, tal y como

indica la ley. Ello implica, a su vez, un reconocimiento del trabajo realizado en el cuidado de los hijos e hijas. No hacerlo así sería incurrir en discriminación directa tal y como reza el art. 8 de la Ley de Igualdad: “*Constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad*”.

5) Excedencia por servicios especiales

Una de las sentencias analizadas –STSJ CANT 219/2008, que resuelve el recurso 212/07– llamaba la atención por la invocación de la jurisprudencia en torno a medidas de conciliación de la vida familiar, personal y laboral, aun cuando se trataba de un recurso de apelación por la denegación de una excedencia por servicios especiales.

Se carece de información, al no aparecer recogido en la sentencia de apelación, sobre las razones que impulsaron a la parte actora a solicitar la excedencia por servicios especiales. No obstante, resulta notorio que la jurisprudencia invocada gire en torno a supuestos de conciliación de la vida familiar, laboral y personal. Probablemente entendiera la parte actora que su uso le resultaría más favorable a sus pretensiones, por entenderla más benévola o más flexible en torno al tiempo solicitado para consolidar el nivel de vinculación con la Administración. Tal y como recoge el Tribunal en su sentencia, –pues entra a analizar toda la jurisprudencia sobre conciliación invocada– en “[t]odos y cada uno de los supuestos parten de una relación superior a cinco años, lo que no es el caso”. Asimismo, y apoyándose en ésta excluye claramente la equiparación cuando se trata de excedencia voluntaria.

Resulta, en fin, llamativo que se haya invocado la jurisprudencia sobre conciliación (habida cuenta del importante papel social que cumple) para otros fines distintos a los que debiera ir dirigidos.

6) Permiso de lactancia para madres adoptantes y de acogida

Aun cuando el tema central del asunto tratado en esta sentencia –STSJ GAL 4346/2009– se centra en cuestiones competenciales en lo que se refiere a la determinación del régimen que afecta a los funcionarios y que corresponde a la legislación autonómica y, supletoriamente, a la estatal, merece la pena reseñar uno de los aspectos mencionados en ella y que hace referencia a una de las lagunas existentes en torno al permiso por lactancia. Ante la mejora realizada por el II Acuerdo que aquí se impugna, en lo referente a la lactancia, y que lo amplía a la maternidad por adopción o acogimiento (no quedándose en la biológica), el Abogado del Estado alega que no procede, puesto que ni la Ley 4/1988, ni la Ley 30/1984, ni tampoco la Ley 39/1999, de 5 de noviembre de conciliación de la vida familiar

y laboral de las personas trabajadoras, recogen expresamente el supuesto de adopción o acogimiento, y sin embargo, sí lo contemplan al referirse a la excedencia por cuidado de familiares o al regular el permiso por maternidad y paternidad.

Aun cuando la Ley de Igualdad no sería aplicable en tanto que la fecha de los hechos (2002) es anterior a su entrada en vigor, debe mencionarse que dispone ésta. La Ley de Igualdad utiliza la expresión “*las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrán derecho...*”. El concepto “lactancia” resulta más amplio que el de “leche materna”, pues se amplía a la lactancia artificial (acorde con los 9 meses permitidos), mientras que, al hilo del resto del articulado que homologa los derechos de los padres y madres biológicos y de los padres y madres adoptantes y acogedores, deberíamos entender que la expresión “*las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrán derecho...*” recoge a las madres trabajadoras en general, sean biológicas o no. No puede ser de otro modo, cuando a tenor de la lectura del articulado, la ley dispone: “*Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen*”.

Debería haberse especificado en la Ley que este derecho corresponde también a la situación de maternidad por adopción y/o acogimiento y no sólo a la biológica.

7) Licencia por maternidad

A este respecto es relevante la STSJ AND 9097/2009 (Nº de REC 2128/08). El motivo del recurso se refiere a cuestiones competenciales, en tanto que se aplica, entre otros, el Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/07, de 12 de abril (como deriva de su art. 2), al personal funcionario de las Administraciones de las entidades locales. En este sentido, el régimen de permisos de los funcionarios no está atribuido a la autonomía contractual de la Corporación Local, aunque lo mejore como es el caso, sino que viene establecido por su legislación específica.

Pero así se expresa el Tribunal en el FJ 4,

“Si bien el recurso contencioso–administrativo, al ser interpuesto, se centra en la nulidad de diversos preceptos del Acuerdo impugnado, el escrito de demanda se reduce a la impugnación del art. 26.2 del mismo, dado que establece una licencia por maternidad a la mujer trabajadora de 140 días naturales (equivalentes a 20 semanas), que contraviene lo establecido al respecto en el Estatuto Básico del Empleado Público, que la fija en 16 semanas; y del art. 33 del acuerdo, que establece un premio de 150 euros por año de servicio en el momento de la jubilación, lo que infringe lo regulado en el art. 23 de la Ley 30/84, relativo a los conceptos retributivos de los funcionarios públicos”.

No se entiende, sin embargo, el interés por perseguir específicamente la mejora de estos derechos: la licencia de maternidad y el premio por jubilación. Tal y como se desprende del FJ 5, “*[e]n materia del permiso por parto (tal y como lo califica el EBP en su art. 49a), en relación a los permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y por razones de violencia de género), se establece que tendrá una duración de 16 semanas ininterrumpidas. Por ello, la fijación en el acuerdo municipal impugnado de una duración de 140 días naturales (equivalentes a 20 semanas) supone una clara infracción de la normativa legal aplicable en la materia. No obstante, ha de tenerse en cuenta que esta licencia puede verse incrementada en cuatro semanas, en aplicación de la legislación estatal aplicable, mediante la sustitución del tiempo de lactancia (regulado en el art. 48 EBEP) por un permiso retribuido que acumula en jornadas completas al tiempo correspondiente y que se disfruta sumándose al tiempo de la licencia por maternidad*”.

Por otra parte, sería interesante reparar si, actualmente, no se hacen distinciones entre el funcionariado estatal y autonómico, en muchas cuestiones. La aplicación automática de la disposición, que pretende no hacer distinciones entre las distintas personas funcionarias (cuando conocemos importantes diferencias salariales entre el funcionariado de las distintas Comunidades Autónomas en muchos extremos, por ejemplo, entre los profesores de Universidad), deja fuera la posibilidad de mejorar las condiciones del personal, especialmente en lo tocante a los permisos de maternidad, aspecto en el que se centra especialmente el recurso.

V. Sentencias con interés en materia de igualdad efectiva

Tras el análisis de sentencias realizado en el apartado anterior, se plantea la cuestión de si la ciencia y la técnica jurídica han evolucionado en España, en consonancia con los nuevos instrumentos jurídicos desarrollados en la LOIMH. En este sentido, los manuales y materiales didácticos utilizados en las Facultades de Derecho y, en general, la formación de los juristas, evidencian importantes carencias respecto al Derecho antidiscriminatorio y a los nuevos instrumentos jurídicos desarrollados por la LOIMH y un importante desconocimiento de los marcos teórico-jurídicos que le aportan valor explicativo. No obstante, algunas de las sentencias analizadas destacan por el esfuerzo individual del ponente o la ponente, por actualizar la propia práctica judicial. Sirvan como ejemplo el elenco que a continuación se refiere.

Promoción

SAN 1774/2009,

REC. 82/2009

Fecha de la resolución: 01/04/2009

Ponente: Ernesto Mangas González

STSJ PV 3048/2009

REC. 537/2009

Fecha de la resolución: 30/07/2009

Ponente: Ricardo Lázaro Perlado

Igualdad efectiva y discriminación

STS 8449/2009

REC 201/2009

Fecha de la resolución: 21 de diciembre 2009

Ponente: M^a Lourdes Arastey Sahun

STSJ EXT 1007/2009

REC 249/2008

Fecha de la Resolución: 16/06/2009

Ponente: Raimundo Prado Bernabeu

STSJ EXT 1481/2009

REC 74/2008

Fecha de la Resolución: 16/07/2009

Ponente: Mercenario Villalba Lava

STSJ LR 330/2009
REC 55/2009
Fecha de la resolución: 20/02/2009
Ponente: Miguel Azagra Solano

STSJ LR 482/2009
REC 196/2009
Fecha de la resolución: 02/07/2009
Ponente: Cristóbal Iribas Genua

Acoso moral: tensión entre relaciones laborales conflictivas y acoso moral

STSJ NAV 436/2009
REC 56/2009
Fecha de la resolución: 29/06/2009
Ponente: Juan Alberto Fernández Fernández

STSJ CL 5037/2008
REC 38/2008
Fecha de la resolución: 18/07/2008.
Ponente: Felipe Fresneda Plaza

STSJ ICAN 1961/2008
REC 203/2007
Fecha de la resolución : 21/04/2008
Ponente: Cesar José García Otero

Reducción de jornada y concreción horaria

STSJ PV 1492/2009
REC 76/2007
Fecha de la Resolución: 28/05/2009
Ponente: Rafael Vallifañez Gallego

STSJ 4174/2009
REC 2109/2009
Fecha de la resolución: 16/10/2009
Ponente: M^a Paz Fernández Fernández

STS 4569/2008
REC 1625/2007
Fecha de la resolución: 18/06/2008
Ponente: Milagros Calvo Ibarlucea

STSJ MU 2350/2009
REC 554/2009
Fecha de la Resolución: 06/11/2009
Ponente: M^a Consuelo Uris Lloret

STSJ CL 7209/2009
REC 141/2009
Fecha de la resolución: 04/12/2009
Ponente: M^a Concepción García Vicario

STS 4494/2008
REC 897/2009
Fecha de la resolución: 13/06/2008
Ponente: Víctor Eladio Fuentes López
El interés de esta sentencia está en el voto particular de la magistrada Rosa M^a Viroles Piñol y del magistrado del magistrado Jordi Agustí Juliá

VI. LA TRANSVERSALIDAD DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD: LA EDUCACIÓN PARA LA CIUDADANÍA

1. Justificación

En el transcurso de la búsqueda de sentencias para realizar el estudio acerca de la eficacia de la LOIMH, búsqueda realizada en la base de datos del CENDOJ, se observó cómo esta base de datos remitía frecuentemente, cuando se introducían los términos acordados de la búsqueda —es decir, las materias objeto de análisis— a las sentencias que habían resuelto recursos en torno a la Educación para la Ciudadanía (EpC). Esta frecuencia hizo aconsejable incluir un estudio de las mismas en este informe, lo que permitió, no sólo poner de manifiesto las conexiones intertextuales que existían entre la igualdad de mujeres y hombres, el género, la educación y la democracia, la cual es una conexión que las bases de datos ofrecen; también permitió evidenciar el carácter transversal de esa igualdad, que la propia LOIMH institucionaliza, siguiendo, por lo demás, el camino ya abierto por la L.O. 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, así como de la L.O. 2/2006 de Educación.

Así pues, se decidió incluir el análisis de sentencias que trataban acerca de las asignaturas de Educación para la Ciudadanía, en relación, sobre todo aquellos casos que resolvían recursos contra aquellos contenidos que estaban relacionados con el género y la igualdad de mujeres y hombres. Y se acordó analizar aquellas sentencias recaídas en el período 2008–2009, cuando la LOIMH ya estaba en vigor, a fin de detectar cuál era su eficacia en un tema como éste, en el que se mostraba, de forma tan nítida, el carácter transversal de la igualdad efectiva y el nuevo Derecho antidiscriminatorio. No debe olvidarse, por lo demás, que los artículos 23, 24 y 25 de la propia LOIMH se dirigen a resaltar la importancia de la igualdad en la educación.

De manera concreta, el análisis de las sentencias encontradas puso de manifiesto el importante debate que sobre la igualdad de mujeres y hombres atravesaba la impugnación de las asignaturas de EpC. Este resultó ser un debate en el que tenía un peso significativo la expresión peyorativa de “ideología de género”. Tras esta expresión se observa un fuerte rechazo a los presupuestos del Derecho antidiscriminatorio; concretamente, que los diferentes roles y funciones sociales de mujeres y hombres tengan una base cultural y social y no natural, como pone de manifiesto el concepto de género. Desde estas posiciones, defendidas por los diferentes recurrentes y apoyadas en algunos casos por los propios ponentes o por los votos particulares a las sentencias, se defiende la diferencia entre mujeres y hombres como algo fundamentado y legitimado en la naturaleza humana. De ahí que se utilice la expresión “ideología” con el fin de presentar la categoría de género como una categoría de análisis que encubre o distorsiona la realidad de la verdadera naturaleza humana. Con estos argumentos puede quedar vacío de sentido el contenido de la LOIMH, de la L.O. 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, así como de la L.O. 2/2006 de Educación, ya que se cuestiona su obligatoriedad o valor normativo, y se priorizan, frente a ellas, determinados principios morales.

La búsqueda y selección final de sentencias analizadas puede desglosarse de la siguiente manera:

	Número inicial de sentencias	Núm. resultante tras 1ª revisión	Núm. fichas realizadas para la base de datos
Educación para la ciudadanía	816	333	19

La decisión de reducir a 19 el número de sentencias de las que se hicieron las fichas que luego se introdujeron en la base de datos se debió a que estas 19 sentencias constituían el modelo que, de manera casi literal, seguían otras muchas. Aunque en la pestaña “observaciones” (dentro de la base datos) se incluyen cuáles son esas sentencias, a lo largo de este apartado también se hará referencia a muchas de ellas.

Resulta también de interés apuntar cómo entre los sujetos que han interpuesto más recursos contra las asignaturas de EpC, en relación a la igualdad y al género destacan los padres y madres de los alumnos, quienes recurrieron a los tribunales en demanda de reconocimiento de su derecho a la objeción de conciencia respecto a estas asignaturas. Los empleados públicos que recurren a los tribunales de lo contencioso-administrativo por este asunto son Abogados del Estado o Letrados de Comunidades Autónomas, quienes interponen recursos contra las sentencias que reconocen el derecho de objeción de conciencia a los padres; también son funcionarios los que recurren normas autonómicas con las que se ha impuesto el desarrollo de la asignatura bajo ciertas condiciones (por ejemplo, impartirla en inglés, como se dispuso en la Comunidad Valenciana):

DEMANDANTE	ÓRGANO														
	A	TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA													
		B	C	D	E	F	G	H	I	J	K	L	M	N	O
EMPLEADO/A PUBLICO	17	5	0	0	0	0	0	5	0	0	0	2	0	0	0
HOMBRE (padre)	4	1	4	2	20	7	0	1	3	0	10	0	0	0	0
HOMBRE Y MUJER (padres)	13	0	13	0	0	136	2	0	7	3	8	0	3	1	2
MUJER (madre)	3	0	3	3	37	8	0	0	4	1	3	0	0	0	0
SINDICATO	0	0	0	0	0	0	2	0	0	0	0	0	0	0	0

A (Tribunal Supremo)

B (TSJ ANDALUCÍA)

C (TSJ ASTURIAS)

D (TSJ BALEARES)

E (TSJ CANTABRIA)

F (TSJ CASTILLA–LEON)

G (TSJ COM. VALENCIANA)

H (TSJ EXTREMADURA)

I (TSJ GALICIA)

J (TSJ ISLAS CANARIAS)

K (TSJ LA RIOJA)

L (TSJ MADRID)

M (TSJ MURCIA)

N (TSJ NAVARRA)

O (TSJ PAÍS VASCO)

2. Análisis de las sentencias sobre las asignaturas de Educación para la Ciudadanía (EpC)

La Ley Orgánica 2/2006 sobre Educación, y sus Reglamentos de desarrollo (Reales Decretos 1513/06, 1531/06 y 1467/07) han introducido asignaturas específicas de Educación para la Ciudadanía, que se imparten en educación primaria, secundaria y bachillerato. Además, muchas Comunidades Autónomas han aprobado también sus respectivos reglamentos de desarrollo, dentro de sus competencias.

La introducción y desarrollo curricular en nuestro sistema educativo de las asignaturas de EpC no han estado exentos de polémica, y el rechazo a dichas asignaturas se ha traducido en la proliferación de demandas interpuestas por numerosos padres y madres, mediante las cuales solicitaban la anulación de ciertas partes del desarrollo reglamentario de las asignaturas, y/o el reconocimiento de un hipotético derecho a la objeción de conciencia respecto a las mismas. En cambio, y de manera general, los recurrentes sí aceptan la constitucionalidad de los artículos de la Ley Orgánica sobre Educación, que introducen las polémicas asignaturas.

Concretamente, se aducía que la Educación para la Ciudadanía estaba dirigida a fomentar el aprendizaje de conocimientos, destrezas y competencias en torno al género y a la igualdad de mujeres y hombres, que los demandantes consideraban contrarios a la religión que

practican, a pesar de que son trasposiciones casi literales de las recomendaciones europeas. Se trata de la Recomendación (2002) 12 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros relativa a la educación para la ciudadanía democrática y adoptada el 16 de octubre, la Recomendación del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de diciembre de 2006 sobre las competencias clave para el aprendizaje permanente, y la Recomendación del Parlamento europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a la Creación del Marco Europeo de Cualificaciones para el aprendizaje permanente.

De manera concreta, en la recomendación de 18 de diciembre de 2006, se fomenta la adquisición de competencias, las cuales se definen *“como una combinación de conocimientos, capacidades y actitudes adecuadas al contexto”*. Entre esas competencias se recogen las llamadas *“Competencias sociales y cívicas”*. La competencia cívica, se dice, *“prepara a las personas para participar plenamente en la vida cívica gracias al conocimiento de conceptos y estructuras sociales y políticas, y al compromiso de participación activa y democrática”*. Y los conocimientos, capacidades y actitudes esenciales relacionados con esta competencia son, entre otros, *“comprender los códigos de conducta y los usos generalmente aceptados en las distintas sociedades y entornos (por ejemplo, en el trabajo)”*; o *“conocer los conceptos básicos relativos al individuo, al grupo, a la organización del trabajo, la igualdad y la no discriminación entre hombres y mujeres, la sociedad y la cultura. Asimismo, es esencial comprender las dimensiones multicultural y socioeconómica de las sociedades europeas y percibir cómo la identidad cultural nacional interactúa con la europea. Los elementos fundamentales de esta competencia incluyen la capacidad de comunicarse de una manera constructiva en distintos entornos, mostrar tolerancia, expresar y comprender puntos de vista diferentes, negociar sabiendo inspirar confianza, y sentir empatía”*.

También se indica que la competencia cívica *“se basa en el conocimiento de los conceptos de democracia, justicia, igualdad, ciudadanía y derechos civiles, así como de su formulación en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en declaraciones internacionales, y de su aplicación por parte de diversas instituciones a escala local, regional, nacional, europea e internacional”*. Además, se subraya que *“las capacidades de competencia cívica están relacionadas con la habilidad para interactuar eficazmente en el ámbito público y para manifestar solidaridad e interés por resolver los problemas que afecten a la comunidad, ya sea local o más amplia (...) También incluye manifestar el sentido de la responsabilidad y mostrar comprensión y respeto de los valores compartidos que son necesarios para garantizar la cohesión de la comunidad, por ejemplo el respeto de los principios democráticos. La participación constructiva incluye también las actividades cívicas y el apoyo a la diversidad y la cohesión sociales y al desarrollo sostenible, así como la voluntad de respetar los valores y la intimidad de los demás”*.

Recapitulando, las demandas de padres y/o madres –los cuales han constituido el tipo mayoritario de demandantes en este ámbito, con amplia presencia de mujeres que recha-

zan los contenidos de la EpC, relativos a la igualdad efectiva–, han discurrido en torno a los siguientes argumentos:

- a) adoctrinamiento ilegítimo por parte del Estado y/o Administración autónoma, que imponen como moral el conjunto de valores que, como los derechos humanos, se recogen en la Constitución española y los tratados internacionales suscritos por España;
- b) adoctrinamiento en el positivismo, pues se sanciona como moral pública lo recogido en un texto escrito, la Constitución de 1978;
- c) adoctrinamiento en el relativismo, pues se admite la pluralidad de morales que puede haber en una sociedad democrática;
- d) adoctrinamiento en “ideología de género”, ya que se introduce en el currículo de las asignaturas sobre EpC la variante “género”.

Sostienen además los recurrentes que la “ideología de género” está escasamente apoyada por el consenso ciudadano. Pero este tipo de argumentación ignora los instrumentos jurídicos internacionales y comunitarios que introducen la perspectiva de género y el consenso internacional sobre la materia.

Del resumen de lo solicitado en los recursos respecto de las asignaturas de EpC, destaca cómo los recurrentes rebajan los derechos humanos y los valores recogidos en la Constitución a una moral relativista y positivista, que consideran algo negativo en comparación con la moral que ellos dicen profesar. Sin embargo, alegan estos mismos valores y derechos que critican para defender la práctica de una moral que, como los propios recurrentes reconocen, choca frontalmente con aquellos.

Del estudio de las sentencias que resuelven recursos interpuestos contra esas asignaturas ha resultado pertinente distinguir entre las sentencias emitidas por el TS y las emitidas por los TSJ de diversas Comunidades Autónomas.

En los recursos que resuelve el TS, cabe reseñar algunas sentencias en las que se ha establecido una doctrina reiterada. Nos referimos a aquellas sentencias adoptadas por el pleno de la Sala de lo Contencioso, en las que, a pesar de los votos particulares, se muestra un apoyo considerable a la sentencia mayoritaria. Se trata de las sentencias 340 y 341/2009 de 11 de febrero, que resuelven los recursos 948/2008 y 1013/2008, y la sentencia 342/2009 también de 11 de febrero de 2009, que resuelve el recurso 905/2008. Las dos primeras sentencias se emitieron a partir de los recursos de casación planteados por padres y/madres contra sentencias anteriores emanadas del TSJ de Asturias, en las que se resolvieron recursos contra el desarrollo reglamentario estatal de las asignaturas de Educación para la

Ciudadanía, mientras que la tercera se dictó para resolver el recurso de casación planteado por la Administración andaluza, la estatal y el Ministerio Fiscal contra una sentencia del TSJ de Andalucía (la sentencia 1615/2008, Nº rec. 519/2007), que el TS anula. Sólo en las dos primeras sentencias entró el TS a analizar la controversia planteada en el proceso de instancia en torno a las competencias que la Educación para la Ciudadanía busca desarrollar en torno al “género”, al anular por incongruencia omisiva las sentencias del TSJ de Asturias recurridas (donde se daba la razón a la Administración frente a los padres). Por esta razón, su argumentación se refirió específicamente a las impugnaciones planteadas por los padres contra la EpC, entre ellas, las relativas a la llamada “ideología de género”.

Las conclusiones que pueden apuntarse de interés para este estudio, a partir del análisis de 333 sentencias (agrupadas en 19 fichas en la base de datos) son las siguientes:

1) A pesar de que la gran mayoría de las sentencias recaídas en relación a las asignaturas de EpC corresponden al período 2008–2009, no hay referencias a la LOIMH, excepto en las SSTs 340 y 341/2009, que resuelven los recursos 948 y 1013/2008, y que son idénticas. A la LOIMH sólo alude el TS de forma breve y sin referirse a ningún artículo concreto, a pesar de las reiteradas referencias a la igualdad. Esta única referencia a la LOIMH se encuentra sólo cuando se dice que los contenidos que los recurrentes consideran como adoctrinadores en ideología de género no son tales, mientras que, respecto al enfoque de género dice:

“[N]o se considera pernicioso, si atendemos al documento del comité ad hoc del Consejo de Europa para Educación para la ciudadanía del que hemos dado cuenta, desde el momento en que propone utilizarlo en la enseñanza. Por no hablar del sentido que le da al concepto género la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo de para la igualdad efectiva de mujeres y hombres” (F.J. 11º, que se repite en las mencionadas SSTs que resuelven los recursos 948/2008 y 1013/2008).

También encontramos en el TSJ de Madrid (Sentencia 5908/2009, que resuelve el recurso 672/2007) alusiones a las leyes, estatal y de la Comunidad de Madrid sobre Violencia de Género, en lo referente a la formación en igualdad, pero sin citar la LOIMH.

Con anterioridad a las mencionadas sentencias del TS, algunos TSJ han considerado que la igualdad, la diferencia y la discriminación están supeditadas al art. 14 CE únicamente. Este es el caso de la sentencia del TSJ de La Rioja, 25/2008, que resuelve el recurso 156/2008, en la que existe un voto particular, que discrepa del F.J. 4º, en cuanto al análisis que hace de los reglamentos estatales que desarrollan la Ley de Educación en lo relativo a la materia de educación para la ciudadanía. (En concreto, no cree que de los contenidos y criterios de evaluación recogidos en los mismos quepa concluir, sin más, el adoctrinamiento estatal ni la vulneración de los arts. 16 y 27.3 CE. En su argumenta-

ción, se menciona la jurisprudencia constitucional sobre la moral pública como límite de la libertad religiosa (STC 62/1982), y la jurisprudencia del TEDH (los famosos casos Folguero y Zening), en la que se realiza una interpretación restrictiva del derecho de los padres del artículo 2 del Protocolo, respecto de sus convicciones religiosas y filosóficas, afirmando su dimensión de derecho absoluto. También se recoge una sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán que reconoce el derecho del Land a introducir esta asignatura como obligatoria. Como conclusión se sostiene que debió desestimarse el recurso de los padres¹⁹³).

No obstante, esta remisión al 14 CE como norma de referencia también se ha apreciado en sentencias que están de acuerdo con el desarrollo reglamentario de la Educación para la Ciudadanía, y en temas relacionados con el género y la perspectiva de género. Así ocurre en la STSJ 623/2009 de Baleares (que resuelve el recurso 732/2008), y que considera que las SSTS de 11 de febrero constituyen jurisprudencia aplicable a este caso:

“Ya se ha indicado que el art. 14 de la CE, como norma de obligado cumplimiento y de aplicación directa, no admite posible “objección de conciencia” contraria al indicado principio, por lo que si la convicción del padre recurrente fuese contraria al principio de “igualdad ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de sexo” (convicción que se desconoce ya que no se manifiesta en la demanda), en realidad poco importaría ya que esta convicción personal ha de ceder por lo ya explicado respecto a la aplicación del art. 27,2º CE”.

No obstante, la ponente sí estima que la distinción entre sexo y género es importante, y que si *“se liga únicamente a la educación de “no discriminación de personas por razón de su orientación sexual”, que no inculcación o fomento en torno a cuestiones de orden moral sexual, cuestión esta que no aparece en el contenido curricular, no se vislumbra que exista colisión de entidad suficiente que permita per se concluir que existe quebrantamiento del derecho fundamental regulado en el artículo 27-3 de la CE”.*

2) A partir de las mencionadas SSTS, resueltas por el pleno de la Sala de lo Contencioso-administrativo, y estableciendo algunas comparaciones con las sentencias que se han analizado de otros Tribunales (principalmente, TSJ de diversas Comunidades Autónomas), debe destacarse lo siguiente:

a) En primer lugar, el TS entiende que no existe derecho a la objeción de conciencia ya que no cabe deducirlo ni de la normativa internacional ni de los artículos 16 y 27.3 CE,

.....
193 En la misma línea que esta sentencia, también con el mismo voto particular del magistrado Escanilla Pallás, hay otras donde el ponente es también el magistrado Méndez Canseco o el magistrado Luis Antonio Loma-Osorio Faurie (dadas entre el 8,11 y 22 de julio y el 5 de septiembre): 250/2008; 251/2008; 252/2008; 254/2008; 255/2008; 256/2008; 259/2008; 261/2008; 262/2008; 263/2008; 264/2008; 265/2008; 266/2008; 267/2008; 268/2008; 281/2008; 286/2008; 287/2008; 577/2008; 621/2008.

invocados por las partes, así como tampoco de la normativa española. No obstante, algunos votos particulares justifican su reconocimiento, mediante la interpretación jurisprudencial, aunque no haya normativa específica –*interpositio legislatoris*–, aludiéndose en ocasiones al funcionamiento del sistema anglosajón.

b) En segundo lugar, el TS rechaza en sus sentencias que el Estado incurra en adoctrinamiento, dado que su actividad está dentro de los límites del artículo 27. 2 y 5 CE, al garantizar una educación en el respeto de los principios democráticos y de los derechos y libertades fundamentales, a través de la programación general de la enseñanza, con la participación de los sectores afectados.

c) En tercer lugar, el TS señala que el desarrollo reglamentario que se impugna tampoco adoctrina en positivismo, relativismo o “ideología de género”, aunque en él se utilice una terminología recargada en exceso, cuya consideración aislada puede producir dudas respecto a su alcance (así se recoge en los FJ 9–12). Por lo que se refiere a la llamada “ideología de género”, el TS apunta, en su FJ 11^a que los recurrentes no explican qué entienden por ella ni prueban sus efectos negativos.

En la misma línea, el TSJ de Cantabria (STSJ Cant 237/2009 que resuelve recurso 733/2008) critica la ausencia de justificación que hacen los recurrentes contra la regulación de la materia de Educación para la Ciudadanía, o los peticionarios de la objeción de conciencia frente a la misma, así como de los perjuicios que detectan en lo que ellos llaman “ideología de género”:

“En cuanto a los contenidos, objetivos y criterios de evaluación que incluyen las expresión “de género”, de tales expresiones legales, situadas todas ellas en un contexto de formación a los alumnos en el principio de igualdad fuera del cual no pueden ser comprendidas, principio y derecho en el que se abarcan tanto las discriminaciones por razón de género, origen, creencias, diferencias sociales u orientación afectivosexual, no puede desde las mismas llegar a afirmarse que se propugna que el sexo no define al hombre y a la mujer como tales, sino que es fruto de una concepción cultural o “accidente biológico”, expresiones que no se contienen en ninguno de los textos académicos que han sido aportados por la Administración Regional demandada, sin que su correlativa introducción en alguno de ellos haya sido acreditada por los recurrentes.

Tampoco puede afirmarse, ni desde la dicción de la norma ni desde los textos académicos aportados por la Administración demandada, que el rechazo como norma de conducta de la discriminación por razón de género y, en consecuencia, el contravalor de la homofobia traiga como consecuencia una velada o directa puesta en cuestión de la estructura familiar heterosexual, tal y como se afirma en el escrito de demanda, pues ello sería igualmente contrario a la igualdad que se predica y tampoco se evidencia en ninguno de los textos aportados, que serían los únicos que podrían arrojar luz a la hora de determinar si en los concretos conteni-

dos de la materia que real y efectivamente se están impartiendo a la menor se pudieran estar poniendo en entredicho las concepciones morales de los padres con respecto a la familia que quieren preservar y transmitir a sus hijos, ni, mucho menos, que dicha concepción estructural de la familia heterosexual se considere “un elemento distorsionador de la convivencia social en el mismo nivel que el racismo, la xenofobia o el machismo” (F.J. 21º).

Cabe señalar que el magistrado que elabora la sentencia, y que es desestimatoria del recurso contra la materia de educación para la ciudadanía, cambia luego de opinión, asumiendo la de algunos votos particulares a las mencionadas sentencias mayoritarias del TS, así como otras opiniones científicas y jurisprudenciales (entre ellas, de la Sentencia del TSJ de Andalucía 1615/2008 de 30 de abril, anulada por la STS 342/2009 que resuelve el recurso 905/2008) que sostienen que esta materia vulnera los derechos contenidos en los artículos 16 y 27.3 de la CE. No obstante, su sentencia sirvió de modelo a posteriores sentencias dictadas por la Sala de lo Contencioso de este tribunal sobre temas semejantes, si bien en muchas de ellas introduce un voto particular donde justifica ese cambio de opinión.

También el TSJ de Asturias, en la sentencia 921/2009 de 13 de marzo de 2009 que resuelve recurso 1808/2008 considera (FJ 5) que no se prueba suficientemente los defectos que se achacan a los contenidos de la Educación para la Ciudadanía y que no se puede impugnar genéricamente una asignatura. En el mismo sentido, la sentencia 1946/2009 que resuelve recurso 1515/2009.

d) El TS indica que la normativa estatal y autonómica desarrollada por España se mueve dentro del ámbito de las recomendaciones marcadas por la UE. En realidad, lo que habitualmente se reprocha a los reglamentos de desarrollo es la falta de concreción, razón por la cual el TS, y también otros TSJ, han concluido que los recursos deben presentarse en el momento en que los hijos cursen la asignatura y no con años de antelación, como ha ocurrido con muchos de los recursos presentados, ya que la concreción de materiales escolares seleccionados es un aspecto en el que centros tienen libertad, dentro de los límites normativos. Este es el caso del TSJ de Galicia, que en la sentencia 850/2009, de 4 de marzo, que resuelve recurso número 15/2008, entiende que la petición de los padres es extemporánea:

“Concretando la legitimación activa en relación con un caso específico de alegación de objeción de conciencia, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2005 ha declarado que las meras expectativas contra supuestos agravios futuros o potenciales no bastan, para reconocer la legitimación activa de la parte recurrente, y tampoco cabe reconocer un interés como presupuesto de la legitimación cuando éste es hipotético, de modo que el interés se reputa que existe siempre que pueda presumirse que la declaración jurídica pretendida habría de colocar al accionante en condiciones legales y naturales de conseguir un determinado

beneficio material o jurídico o, incluso, de índole moral (sin que sea necesario que quede asegurado de antemano que forzosamente haya de obtenerlo, ni que deba tener apoyo en un precepto legal expreso y declarativo de derechos), así como cuando la persistencia de la situación fáctica creada o que pudiera crear el acto administrativo ocasionaría un perjuicio, con tal de que la repercusión del mismo no sea lejanamente derivada o indirecta sino resultado inmediato de la resolución dictada o que se dicte o llegue a dictarse [...] En el caso presente resulta hecho no debatido que los menores [...] se hallan en el nivel de educación primaria y por ello no les corresponde estudiar ni se les impartirá en el curso escolar 2008–2009 la asignatura “Educación para la ciudadanía”.

El TSJ de Galicia sigue esta misma línea en otras de sus sentencias: 851/2009, 1885/2009, 1897/2009, 1898/2009, 2631/2009, 3071/2009, 3672/2009, 3691/2009, 6197/2009, 7006/2009, 7855/2009. Al no admitir el Tribunal el recurso, no se hace eco de la jurisprudencia del TS al respecto.

Por su parte, el TS también entiende que hay que esperar a que los contenidos se concreten en los centros escolares, aun habiendo admitido los recursos de padres y madres, donde plantean sus objeciones a la Educación para la Ciudadanía de una mera genérica y con varios años de antelación al momento en que sus hijos e hijas van a cursar esas asignaturas:

“Falta por añadir, sin embargo, que los contenidos que asignan esas disposiciones generales en materia de Educación para la Ciudadanía han de experimentar ulteriores concreciones a través del proyecto educativo de cada centro y de los textos que se utilicen, así como, obviamente, de la manera en que se expongan. Proyectos, textos y explicaciones que deben moverse en el marco que hemos trazado de manera que el derecho de los padres a que se mantengan dentro de los límites sentados por el artículo 27.2 de la Constitución y a que, de ningún modo, se deslicen en el adoctrinamiento por prescindir de la objetividad, exposición crítica y del respeto al pluralismo imprescindibles, cobra aquí también pleno vigor” (FJ 15º).

Esto permite afirmar que muchos de los riesgos que las partes infieren de los textos reglamentarios, como consecuencia de su exceso de generalidad –algo que, por lo demás, es característico de las normas jurídicas, frente a la mayor concreción de las resoluciones judiciales o administrativas–, no son reales todavía, y que habrá que esperar al momento concreto de la impartición de la asignatura¹⁹⁴.

Ante las sentencias del TS objeto de análisis, algunos magistrados han sostenido, en sus votos particulares, que el Estado sí adoctrina e introduce una moral positivista y relativista. Sin

194 No hay que olvidar que existen centros concertados que tienen en su ideario la moral que los recurrentes dicen practicar y que han entendido perfectamente armonizable el contenido de la Educación para la Ciudadanía con ese ideario

embargo, basan su argumentación en la trasposición literal de lo que recogen los reglamentos, estatales o autonómicos impugnados, ejercicio que por sí sólo no basta para explicar dónde reside el adoctrinamiento, relativismo o positivismo aducidos, pues es algo que no se deduce automáticamente de la lectura de esas normas.

Así, en un voto particular a la STS que resuelve el recurso 948/09, el magistrado que lo emite dice:

“El examen precedente permite considerar que estamos ante una serie de conceptos jurídicos que se caracterizan porque resultan indeterminados en abstracto y no resultan determinables en concreto, puesto que hay una perspectiva que es personal constituida por lo más nuclear del ser humano –la parte individual y autónoma– lo que el mundo anglosajón reconoce como privacidad) que debe estar exenta, en mi opinión, de la intervención estatal”.

Sin embargo, en este voto particular no se encuentra ninguna explicación a esta valoración ni tal examen. Igual ocurre con otro voto particular, donde se considera que de la sentencia sí *“se deduce que, a través de las asignaturas denominadas de educación para la ciudadanía, hay adoctrinamiento en valores éticos”*. Pero, una vez más no se halla en su argumentación la explicación a estas conclusiones.

En otro voto particular a esta misma sentencia, al que se adhieren dos magistrados, se sostiene también, sin una justificación suficiente, lo siguiente:

“En efecto, el análisis no sólo del Real Decreto 1.631/2006, sino de los restantes, esto es, los Reales Decretos 1.513/2006 sobre Educación Primaria, y 1467/2007 sobre Bachillerato, nos lleva a la conclusión de que en todos se opta por considerar a los derechos humanos como un referente moral universal y común para la conducta, con menosprecio de la ética natural, pero, al mismo tiempo, se defiende que son valores dependientes de los contextos y coyunturas históricas, lo cual ya supone una afirmación ideológica y no jurídica. Además, al desarrollar lo que denomina una ética cívica, se inmiscuye en el fundamento mismo de la moral personal (control de las emociones y de los hábitos), dando una gran importancia a la diversidad afectivo sexual.

Por eso, a nuestro juicio, en contra de la opinión de la mayoría, el análisis del Real Decreto de enseñanzas mínimas de Educación Secundaria Obligatoria revela que el Gobierno, a la hora de regular la materia “Educación para la Ciudadanía”, se ha excedido en sus competencias, al incluir contenidos que no son corolario indispensable de la Constitución, estableciendo, además, criterios de evaluación que conllevan la obligación de adherirse interiormente a los mismos, lo que implica una vulneración del derecho de los padres a decidir la formación moral y religiosa que quieren para sus hijos”.

Y más adelante concluyen diciendo que las normas reglamentarias imponen como obli-

gatoria “una moral relativista, que no todos los ciudadanos pueden compartir, y que además, invade el terreno de la moral privada, y que no es neutral, ni plural, ni objetiva, al pretender inmiscuirse en la educación moral de los alumnos, desplazando la prioridad de los padres en la educación de los hijos”. Tampoco se encuentra explicación ni aclaración de por qué extraen esas conclusiones, ni se aclara qué se entiende por “ética natural”.

Esta ausencia de justificación, acompañada de una transcripción de los reglamentos que se considera por sí sola suficiente, se aprecia igualmente en la STSJ de Andalucía 1619/2008 y en las numerosas sentencias emitidas por el STSJ de Castilla y León.

También cabe destacar en estos votos particulares a las sentencias del TS un rechazo al aprendizaje de competencias. Este rechazo colisiona con lo estipulado en la mencionada Recomendación del Parlamento europeo y del Consejo de 23 de abril de 2008, en la que se establece que todas las asignaturas, de manera general, se dirijan a la adquisición de conocimientos y también de destrezas y competencias. Y la Recomendación (2002) 12 ya preveía que se adquirieran mediante la Educación para la Ciudadanía, competencias tales como la capacidad de argumentar para defender el propio punto de vista, la capacidad de elegir, considerar alternativas y someterlas a un análisis ético, o la capacidad para reconocer y aceptar las diferencias.

De manera concreta, la crítica y el rechazo al aprendizaje de estas competencias mediante la educación a la ciudadanía se halla en un voto particular a la STS que resuelve el recurso 948/2008, donde se sostiene:

“[L]a regulación del aprendizaje de cuestiones como la identidad personal o la construcción de la conciencia moral con enfoques, fundamentos y criterios de evaluación que no se basan sólo en la adquisición de conocimientos sino sobre todo en el desarrollo de actitudes y observación de comportamientos, incide, en mi opinión, en el derecho reconocido a los padres por el artículo 27-3 de nuestra Constitución mediante la imposición de una asignatura obligatoria y evaluable como Educación para la Ciudadanía”.

El rechazo al aprendizaje de competencias no se da en la sentencia mayoritaria del TS, como se recoge en el FJ 13º de sus sentencias, mencionadas anteriormente:

“Por lo demás, enseñar a los alumnos a distinguir entre razones y emociones en su comportamiento como ciudadanos no es excesivo en el sentido que preocupa a los recurrentes. Tampoco lo es que aprendan a tener presentes los afectos y sentimientos que inciden en la convivencia y a diferenciarlos, a la hora de ejercer los derechos o a la de cumplir los deberes que en esa condición les corresponden, del razonamiento, del juicio crítico que han de ser capaces de hacer en esos momentos. Detrás de estas referencias se halla el propósito de que los niños y adolescentes sean conscientes de los aspectos emotivos, sentimentales o afectivos que inevitablemente se proyectan

sobre vida política y social e inciden positiva o negativamente en la actuación dentro de ella. De los valiosos conforme a los criterios deducidos de la Constitución, como, por ejemplo, el respeto, la solidaridad, la identificación con las instituciones o el sentimiento de integración política y de los que no lo son por incitar, por ejemplo, a la violencia o al desprecio a los demás.

La formación de ciudadanos conscientes de los derechos y deberes que les corresponden y respetuosos con los de los demás implica enseñarles a formar libremente su propia opinión y a decidir con igual libertad pero con conocimiento de los motivos que les mueven para que tengan conciencia de su responsabilidad. Para ello es relevante hablarles de la dimensión afectiva y sentimental de la ciudadanía”.

Como ya se ha apuntado, la doctrina que, de modo reiterado viene estableciendo el TS, rechazando que se produzca adoctrinamiento, ha sido seguida por la mayoría de los TSJ de Comunidades Autónomas en sentencias posteriores (por ejemplo, Andalucía, Baleares, Galicia, Extremadura, Asturias, Castilla La Mancha, Murcia o Valencia), excepto por el TSJ de Castilla y León¹⁹⁵. Este alejamiento se produce a pesar de que, siguiendo el art. 1.6 CC, estamos ante una jurisprudencia que de modo reiterado ha establecido el TS, (ciertamente con votos particulares, pero se trata de una decisión adoptada por el pleno de la sala de lo contencioso)¹⁹⁶, y que debería haberse seguido.

El alejamiento de la doctrina del TS descansa en una concepción discutible del papel del TS. Como apoyo a esta decisión, se citan opiniones doctrinales que por su escasez y generalidad, no respaldan suficientemente ese alejamiento. También es controvertida la

195 Se apartan en numerosas sentencias, como en estas que se recogen aquí aludiendo a su número de Roj, todas de 2009: 5141, 5681, 6204, 6205, 6206, 6207, 6208, 6209, 6210, 6211, 6212, 6213, 6230, 6231, 6232, 6233, 6234, 6235, 6236, 6552, 6567, 6592, 6643, 6644, 6645, 6646, 6647, 6648, 6649, 6650, 6652, 6653, 6655, 6656, 6657, 6658, 6659, 6660, 6663, 6664, 6665, 6666, 6667, 6668, 6669, 6670, 6671, 6672, 6673, 6674, 6693, 6694, 6695, 6696, 6697, 6698, 6699, 6700, 6701, 6702, 6703, 6704, 6705, 6706, 6707, 6708, 6709, 6710, 6711, 6712, 6713, 6714, 66715, 6716, 6717, 6718, 6719, 6720, 6721, 6722, 6723, 6724, 6725, 6726, 6727, 6728, 6729, 6730, 6731, 6732, 6733, 6734, 6735, 6736, 6737, 6738, 6739, 6740, 6741, 6743, 6744, 6745, 6746, 6747, 6748, 6749, 6750, 6950, 6953, 7146, 7702, 7703, 7704, 7705, 7706, 7707, 7708, 7709, 7710, 7711, 7712, 7713, 7714, 7715, 7716, 7717, 7718, 7719, 7720, 7721, 7722, 7723, 7724, 7725, 7726, 7727, 7728, 7729, 7730, 7731, 7732, 7733, 7734, 7735, 7737, 7738, 7739, 7740, 7797, 7977, 7987.

196 Esta reiteración se detecta, al menos, en las siguientes sentencias: 341/2009 (Nº recurso 1013/2008); 1119/2009 (Nº recurso 4668/2008); 3521/2009 (Nº recurso 2162/2008); 3522/2009 (Nº recurso 4526/2008); 3524/2009 (Nº recurso 4532/2008); 3525/2009 (Nº recurso 4542/2008); 3526/2009 (Nº recurso 4545/2008); 3527/2009 (Nº recurso 5378/2008); 3528/2009 (Nº recurso 5198/2008); 3614/2009 (Nº recurso 4552/2008); 5774/2009 (Nº recurso 4527/2008); 5776/2009 (Nº recurso 4551/2008); 5815/2009 (Nº recurso 4548/2008); 6275/2009 (4525/2008); 7046/2009 (Nº recurso 6017/2008); 7322/2009 (Nº recurso 4534/2008); 7323/2009 (nº recurso 4550/2008); 7326/2009 (Nº recurso 4553/2008); 7331/2009 (Nº recurso 4524/2008); 7333/2009 (Nº recurso 4968/2008); 7423/2009 (Nº rec. 775/2009); 7429/2009 (Nº rec. 1379/2009); 7430/2009 (Nº rec. 1534/2009); 7418/2009 (Nº rec. 1544/2009); 22/2010 (Nº rec. 5383/2008); 7492/2009 (Nº rec. 163/2009); 7414/2009 (Nº rec. 1004/2009); 7428/2009 (Nº rec. 287/2009); 7493/2009 (Nº rec. 3933/2008).

opinión de la magistrada, que en su voto particular discrepa del papel que la sentencia mayoritaria del TSJ de Castilla y León atribuye a la jurisprudencia del TS como fuente del Derecho.

Las razones esgrimidas por el TSJ de Castilla y León para apartarse de la doctrina del TS son las siguientes:

a) La vinculación a la doctrina del TS es en relación a la que recaiga en la interpretación de la ley y normas de rango inferior, pero que queda a salvo el mandato directo de vinculación de los Jueces y Tribunales a la Constitución (norma suprema) y a la interpretación que de sus preceptos y principios efectúe el Tribunal Constitucional (según se recoge en la normativa del poder judicial y del TC, y en jurisprudencia del TS y del TC que citan los magistrados). Y el tema de la asignatura afecta a derechos contenidos en la CE, como el 16 y 27.3.

b) La vinculación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en cuanto valor complementario del ordenamiento jurídico no es absoluta, tal y como advierte el Tribunal Constitucional (STC Sala 1ª, de 22 de octubre de 1986; STC Sala 1ª, de 12 de julio de 1988).

c) La vinculación de todos los Juzgados y Tribunales inferiores sólo se podría predicar, con tal carácter de mandato jerárquico, respecto de la doctrina legal fijada en el fallo de las sentencias estimatorias dictadas con ocasión de un recurso en interés de ley ex artículos 100.7 y 101.4 de la LJCA, recurso cuyo enjuiciamiento tiene por objeto la correcta interpretación y aplicación de normas emanadas por el Estado –o, en su caso, de la Comunidad Autónoma– determinantes del fallo en la instancia, normas entre las que no se incluye la Constitución Española, norma suprema. En similares términos de vinculación se expresa el artículo 493 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil respecto del recurso en interés de ley sobre la interpretación de normas procesales.

d) Sostienen que por jurisprudencia debe entenderse, apoyándose en la opinión de Juan Antonio Xiol Ríos, recogida en su cuyo texto “El valor vinculante de la jurisprudencia” (publicado en Estudios de Derecho Judicial, 2007), “*el criterio constante y uniforme de aplicar el Derecho mostrado en las sentencias del Tribunal Supremo, y hoy de los Tribunales Superiores de Justicia, cuando ejercen funciones de casación*”, pero que esta reiteración no se da cuando estamos ante sentencias titubeantes, contradictorias y poco armónicas, que pueden ser rectificadas en el futuro, como los ponentes entienden que puede ocurrir con las sentencias del TS sobre la educación para la ciudadanía.

e) Tomando como base la opinión de Jesús Ernesto Peces Morate, recogida en su ponencia “Valor de la Jurisprudencia” (Estudios de Derecho Judicial, volumen 34 del año 2001), se

dice también que la jurisprudencia no viene configurada simplemente por las decisiones reiteradas del Tribunal Supremo, sino por la colaboración de todos los jueces y tribunales al resolver los litigios ante ellos planteados. En este cometido no sólo participan los que en una época o tiempo concreto ejercen jurisdicción.

f) También apuntan, siguiendo a Peces Morate, que en sistemas jurídicos como el español, el juez o tribunal está sometido únicamente al imperio de la Ley y es independiente de cualquier órgano.

El papel poco claro que nuestro ordenamiento jurídico ha otorgado a la jurisprudencia del TS favorece estas confusas opiniones, pero el artículo 1.6 del Código civil sigue siendo una guía adecuada.

Tampoco se han tenido en cuenta otras leyes, como la LOIMH, la L.O. 1/2004 o los Tratados suscritos por España en materia de igualdad de mujeres y hombres, ni sus efectos en el ámbito de la educación. A este respecto, debe recordarse que la L.O. 1/2004 de Medidas de protección integral contra la violencia de género dedica su título I a establecer medidas para sensibilizar, prevenir y detectar la violencia de género. Por lo demás, el capítulo I de este título está dedicado a extender esas medidas, de manera específica, al ámbito educativo, en todos sus niveles, es decir, Infantil, Primaria, Secundaria, Bachillerato y Universidades, instando a las Administraciones educativas a que eliminen los estereotipos sexistas y discriminatorios en los materiales escolares, y encomendando a la inspección educativa que vele por el cumplimiento de las medidas que en él se recogen. Por otra parte, la LOIMH introduce, como ya se ha indicado, una serie de directrices, en sus artículos 23, 24 y 25, relativas a la integración de la igualdad de mujeres y hombres en el ámbito educativo, con una “atención especial” en los currículos y en todas las etapas educativas (art. 24.2 a). También existe una especial atención a los contenidos de los libros de texto y materiales educativos (art. 24.2 b).

Por otra parte, el artículo 15 establece la transversalidad del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en el desarrollo de las políticas públicas relativas a educación; mientras que el artículo 21 expresamente prevé que las administraciones autonómicas colaboren, dentro de sus competencias, en integrar el derecho de igualdad de mujeres y hombres, por ejemplo, las relativas a educación. No debe tampoco olvidarse que la LOIMH ha introducido una serie de conceptos jurídicos que amplían la concepción de la igualdad, siguiendo lo establecido por el Derecho internacional y comunitario que vincula a España, y que no contradice sino que desarrolla lo establecido en los artículos 9.2 y 14 de la CE.

En cualquier caso, cabe destacar que el TSJ de Castilla y León resuelve los recursos asumiendo la opinión negativa de la parte actora respecto a la llamada “ideología de género”

y cuestionando que en torno a la misma haya un consenso, consenso que sí reconocía el TS. Así se expresa el ponente en un largo fundamento jurídico séptimo:

“Mención especial merece a juicio de la actora el rechazo a la discriminación “de género”. Partiendo de la base de que en las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2009 —y otras— reprochaban a los allí personados la falta de concreción de lo que se entiende por “ideología de género”, aquí sí se procede a su explicación y justificación de la oposición. Entiende la parte actora que más allá del rechazo, obvio, a toda discriminación por razón de sexo y por tanto entre el hombre y la mujer conforme al artículo 14 de la CE’78, se introduce reglamentariamente un nuevo concepto, el de género, cambiando el concepto de sexo desarrollado por el RD 1007/1991 anterior, redefiniéndolo conforme a las concepciones de la ideología de género que propugna que el sexo no define al hombre y a la mujer como tales, sino que es fruto de una determinada concepción cultural o de un “accidente” biológico. Es decir, que a los seres humanos no les define como personas el sexo sino la opción sexual que es elegida por aquél. Tal definición entraña una clara opción ideológica y moral, y por tanto no puede ser calificada como lo que el propio Tribunal Supremo en sus STS de 11.02.2009 definía como “generalizado consenso moral” (v. fundamento jurídico decimoquinto). Entiende que la concepción de la sexualidad comporta importantes elementos propios de la moral, de las convicciones y por ello ese criterio de evaluación vulnera los artículos 16 y 27.3 de la CE’78. La Sala asume este argumento de oposición. Se valora cualquier mención a la interdicción de la discriminación por razón de sexo, expresión neutra y asumida por la Constitución. No se valora evidentemente la ideología de género pero sí se concluye que la misma entraña una carga o concepción moral que no es generalizadamente compartida en España y por tanto no puede ser objeto de imposición. Resulta absolutamente perentorio que los tribunales garanticen la esencia del pluralismo, base de nuestro actual sistema constitucional, y ello pasa por proclamar que “respetar” la opción afectivo-sexual puede y debe ser exigido, pero “compartir o asumir como positiva” la opción afectivo-sexual de terceros ni puede ni debe ser exigido. Incluso si existiera, que no, ese “generalizado consenso moral” del que habla nuestro Tribunal Supremo”¹⁹⁷.

Sin embargo, esta opinión, como ha ocurrido en otras sentencias analizadas, no suele basarse en opiniones científicas sino en presuposiciones poco claras, limitándose a entrecomillar los contenidos polémicos de los reglamentos de desarrollo de las asignaturas de Educación para la Ciudadanía, de manera que, a falta de explicaciones más aclaradoras, la comprensión de por qué adoctrinan esas competencias relativas al género y al sexo sólo puede descansar en la asunción de un sistema de valores común (pero que no se explicita porque se considera obvio), que rellene los sobreentendidos que se utilizan en dicha argumentación. Esta falta de justificación sí ha sido señalada, en cambio, en otras sentencias (por ejemplo, STSJ de Cantabria 237/2009 que resuelve recurso 733/2008, además de las Sentencias del TS que resuelven los recursos 948 y 1013/2008).

197 Este fundamento se repite en todas las sentencias del TSJ de Castilla y La Mancha.

Hay también dos novedades que introducen estas sentencias del TSJ de Castilla y León: una es que entiende que no era necesario haber creado asignaturas específicas de educación para la ciudadanía, pues ya el currículum de muchas otras asignaturas garantizaba una formación transversal en la misma. La otra novedad es que la educación para la ciudadanía se podía haber dejado a las familias, ámbito en el que debe desarrollarse la educación moral de los individuos. Se entiende que tal posibilidad se deduce de la expresión que se utiliza en la Recomendación (2002) 12, de la que se subraya que no tiene carácter vinculante:

*“Esta Recomendación, que como es sabido carece de carácter vinculante para los Estados miembros del Consejo de Europa, contiene varias afirmaciones (que la educación para la ciudadanía democrática es esencial para la misión principal del Consejo de Europa, que es promover una sociedad libre, tolerante y justa y que contribuye, junto con las demás actividades de la Organización, a la defensa de los valores y los principios de libertad, pluralismo, derechos humanos y Estado de Derecho, que constituyen los fundamentos de la democracia), declarando seguidamente que “la educación para la ciudadanía democrática abarca toda actividad educativa, formal, no formal o informal, incluida la de la familia, que permite a la persona actuar, a lo largo de toda su vida, como un ciudadano activo y responsable, respetuoso de los derechos de los demás...” y que “la educación para la ciudadanía democrática, en su sentido más amplio, debería estar en el centro de la reforma y la aplicación de las políticas educativas”. Recomienda a los Gobiernos de los Estados miembros, dentro del respeto de sus estructuras constitucionales, de sus situaciones nacionales o locales y de su sistema educativo “que hagan de la educación para la ciudadanía democrática un objetivo prioritario de las políticas y reformas educativas” y que “en sus reformas educativas actuales o futuras tengan en cuenta los principios enunciados en el anexo de la presente recomendación”. Es decir, que ya el Consejo de Europa advierte que la educación para la ciudadanía democrática la pueden realizar las Administraciones (educación formal), pero también las familias (educación informal), con lo que esa alta institución ya previene posibles conflictos, residenciando determinadas enseñanzas dentro de la familia”.*¹⁹⁸

Sin embargo, se obvia en estos argumentos que la familia aparece en esta Recomendación como una instancia más que también puede colaborar en la educación para la ciudadanía, y no como algo que pueda sustituir a las instituciones educativas, que también tienen competencia en el aprendizaje de la ciudadanía democrática. En cualquier caso, la vehemencia con que algunas asociaciones de familias defienden una moral que en muchos de sus presupuestos es contraria a los principios básicos de la democracia, hace aconsejable que el Estado –como Estado Social y Democrático de Derecho– también asuma su papel educador, siguiendo por lo demás el mandato del art. 27. 2 y 5; y sin que ello signifique mermar el papel educador de las familias.

198 (EJ. 7º de la STSJ CL 6665/2009 que resuelve el recurso 2570/2008, aunque esta argumentación se puede encontrar en casi todas las SSTSJ CL que resuelven recursos similares sobre objeción de conciencia planteada por padres a las asignaturas de educación para la ciudadanía).

VII. CONCLUSIONES EN TORNO A LAS SENTENCIAS ANALIZADAS EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO - ADMINISTRATIVA

Por lo que se refiere a la jurisdicción contencioso-administrativa, los datos obtenidos en este estudio evidencian, de manera general, la lenta y compleja recepción de la LOIMH y de la nueva noción de igualdad que ésta desarrolla. Esto es especialmente evidente en su dimensión de ley-código, reflejada en su artículo 4, que exige aplicar e interpretar otras normas del ordenamiento jurídico a la luz del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres. Así queda reflejado, por ejemplo, en los asuntos sobre acoso, promoción, o en relación a las asignaturas de educación para la ciudadanía. En estos casos, los roles atribuidos a mujeres y hombres se hacen prevalecer sobre el principio de igualdad recogido en esta ley y en el artículo 9 de la propia Constitución, amparándose en un hipotético derecho a la objeción de conciencia a aquellos contenidos que cuestionen esos roles, o bien, circunscribiendo la igualdad a la mera igualdad formal que recoge el artículo 14 de la Constitución.

Apoyan estas conclusiones las siguientes razones: que, de las sentencias recogidas en las bases de datos, sólo un 25,06% de las mismas aluden a la LOIMH. Y que, de las leyes autonómicas de igualdad en vigor, la que más se cita es la vasca (Ley 4/2004 de 18 de febrero para la Igualdad de Mujeres y Hombres), lo que va en consonancia con el dato de que el País Vasco es la comunidad autónoma en la que más asuntos relativos a la igualdad se resuelven (dentro del orden de la jurisdicción contencioso-administrativa). La siguen de lejos, en número de alusiones, la Ley gallega (Ley 7/2004 de 16 de julio, gallega para la Igualdad de Mujeres y Hombres), citada 2 veces, y la balear (Ley 12/2006 de 20 de septiembre para la Mujer), citada 1 vez.

Por otra parte, conviene también tener presente hasta qué punto se recoge, en las sentencias que sobre estos temas se han hallado en el CENDOJ, la normativa internacional que desarrolla y amplía la concepción del principio de igualdad, en la línea en que, siguiendo esta normativa, lo hace la LOIMH. Se trata, por lo demás, de una normativa que, al haber sido suscrita y ratificada por España, vincula a su ciudadanía y poderes públicos. A la cabeza de estas normas internacionales se sitúa, en número de citas, la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (a la que se alude hasta 34 veces). A mucha distancia le siguen las Directivas europeas que desarrollan el principio de igualdad efectiva, como la 2000/78/CE (citada 9 veces), la 2000/43/CE (citada 6 veces), la 96/34/CEE (citada 5 veces), la 2002/73/CE (citada 4 veces), la 2006/54/CE (citada 3 veces), la 2004/113/CE (citada 3 veces) o la 76/207/CEE (citada 2 veces), la cual había sido modificada por la directiva 2002/73. Sólo se citan una vez las Directivas 92/85/

CEE, la 88/2003/CE y la 2004/83/CE¹⁹⁹. Sin embargo, no se encuentra ninguna cita del instrumento jurídico internacional que acuñó el concepto jurídico de discriminación y que, ratificado por casi todos los países del mundo, ha marcado el camino del nuevo Derecho antidiscriminatorio. Nos referimos a la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, en sus siglas en inglés), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, en vigor desde 1981 y ratificada por España el 4 de febrero de 1983.

La escasa utilización de ciertos conceptos en las sentencias analizadas, también permite entender el todavía bajo nivel de recepción que la LOIMH ha tenido en la jurisdicción contencioso-administrativa. Así, y de acuerdo a las sentencias recogidas en la base de datos, la expresión “igualdad efectiva” sólo se utiliza 29 veces, 19 la de igualdad de trato y 8 la expresión “igualdad de oportunidades”.

Tras el análisis realizado en torno a esta jurisdicción, se puede concluir que se hace necesario un mayor esfuerzo por parte de los aplicadores e intérpretes del Derecho para que la LOIMH, una ley heterogénea y compleja, tenga eficacia. La aplicación o no de la LOIMH desvela si se considera relevante el contexto jurídico internacional y europeo en el que esta normativa ha nacido, lo que en muchas ocasiones ha permitido constatar el predominio de un concepto tradicional de igualdad –como igualdad formal o igualdad ante la ley–, frente a las novedades que introduce el nuevo Derecho antidiscriminatorio.

199 Se trata, de manera específica, de la Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000 (relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación); la Directiva 96/34/CEE del Consejo de 3 de junio de 1996 (relativa al acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES); la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo y del Consejo UE de 5 de julio de 2006 (relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación –refundición); la Directiva 2004/113/CE del Consejo de 13 de diciembre de 2004 por la que aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro; la Directiva 76/207/CEE del Consejo de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo; la Directiva 92/85/CEE del Consejo de 19 de octubre de 1992 relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada que haya dado a luz o en período de lactancia; la Directiva 2004/83/CE del Consejo de 29 de abril de 2004 por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto nacionales de terceros países o apátridas como refugiadas o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de protección concedida; la Directiva 2000/43/CE del Consejo de 29 de junio de 2000 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; la Directiva 2002/73/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002 que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso en el empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; y la Directiva 88/2003/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

VIII. GRÁFICOS DE LAS SENTENCIAS DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO–ADMINISTRATIVA RECOGIDAS EN LA BASE DE DATOS

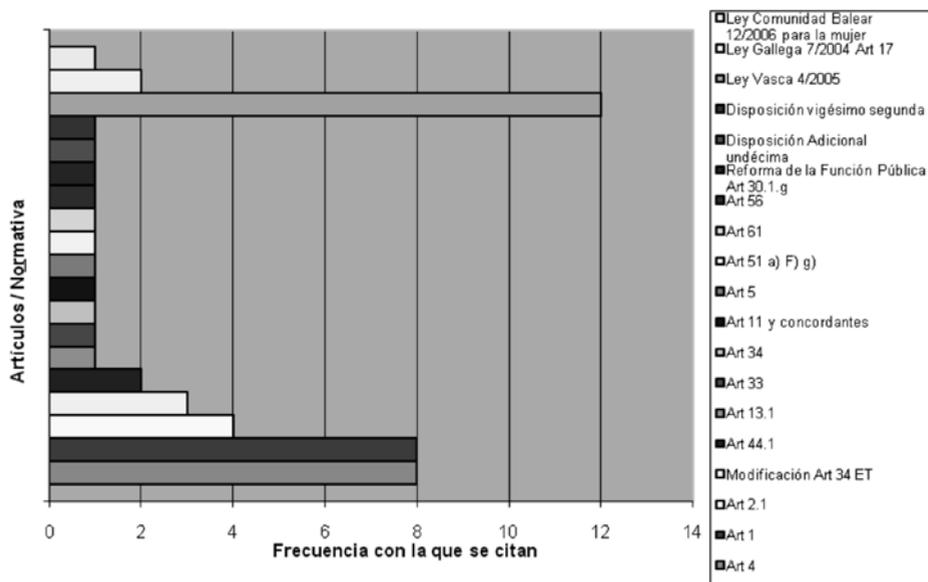
Todos los gráficos que se recogen a continuación se refieren a las sentencias analizadas de la jurisdicción contencioso–administrativa, cuyas fichas figuran en la base de datos.

1) Porcentaje de veces que se cita la LOIMH (jurisdicción contencioso– administrativa):



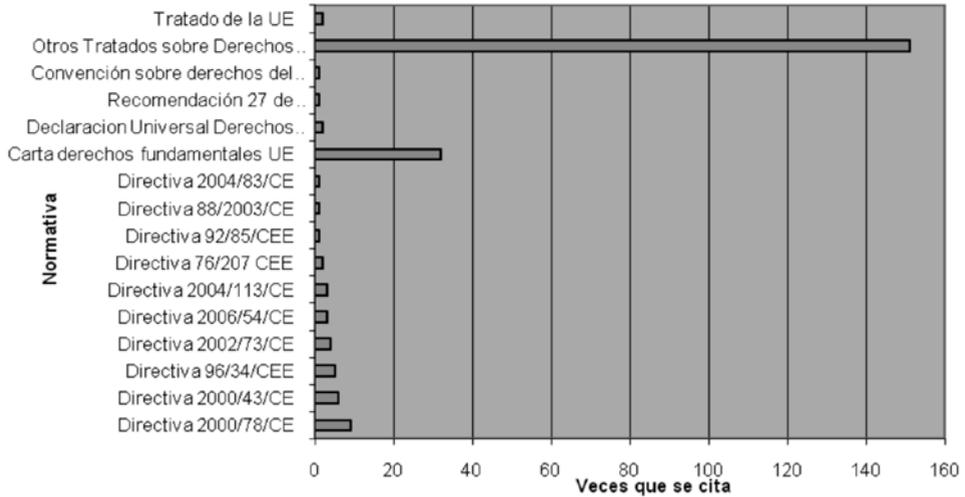
	Porcentaje
Veces que se cita la LOIMH	25,06%

2) Artículos de la LOIMH y de otras leyes autonómicas de igualdad que se citan y número de veces (jurisdicción contencioso-administrativa):



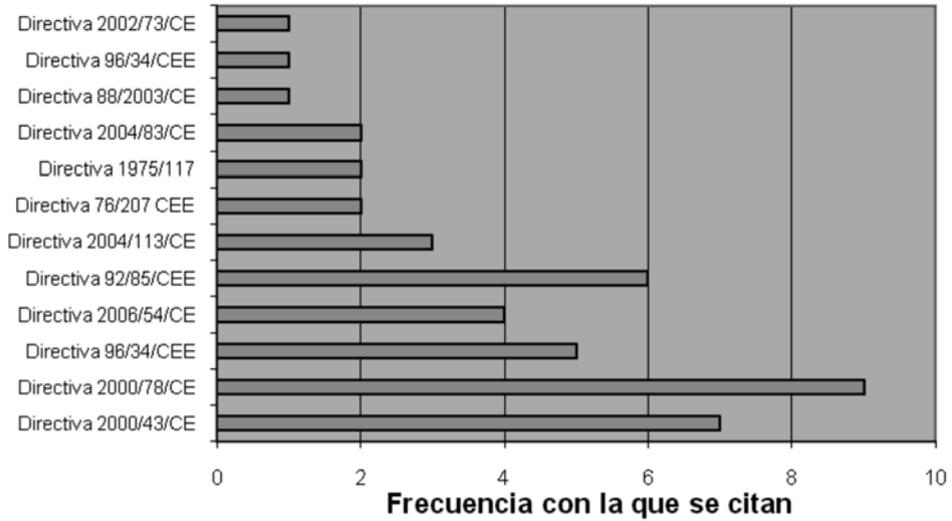
Art 4	8
Art 1	8
Art 2.1	4
Modificación Art 34 ET	3
Art 44.1	2
Art 13.1	1
Art 33	1
Art 34	1
Art 11 y concordantes	1
Art 5	1
Art 51 a) F) g)	1
Art 61	1
Art 56	1
Reforma de la Función Pública Art 30.1.g	1
Disposición Adicional undécima	1
Disposición vigésimo segunda	1
Ley Vasca 4/2005	12
Ley Gallega 7/2004 Art 17	2
Ley Com. Balear 12/2006	1

3) Normativa internacional de igualdad que se cita y número de veces (jurisdicción contencioso-administrativa):



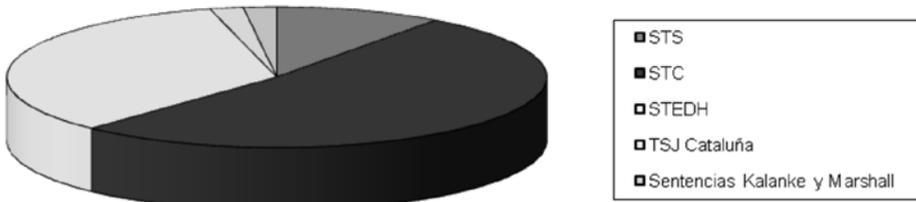
Directiva 2000/78/CE	9
Directiva 2000/43/CE	6
Directiva 96/34/CEE	5
Directiva 2002/73/CE	4
Directiva 2006/54/CE	3
Directiva 2004/113/CE	3
Directiva 76/207 CEE	2
Directiva 92/85/CEE	1
Directiva 88/2003/CE	1
Directiva 2004/83/CE	1
Carta derechos fundamentales UE	32
Declaración Universal Derechos Humanos	2
Recomendación 27 de noviembre de 1991	1
Convención sobre derechos del niño	1
Otros Tratados sobre Derechos Humanos	151
Tratado de la UE	2

4) Directivas sobre igualdad que se citan y número de veces (jurisdicción contencioso-administrativa):



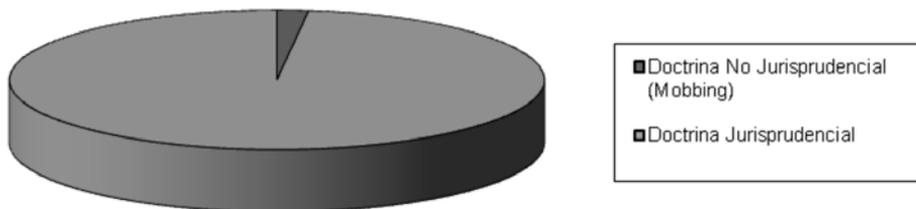
Directiva 2000/43/CE	7
Directiva 2000/78/CE	9
Directiva 96/34/CEE	5
Directiva 2006/54/CE	4
Directiva 92/85/CEE	6
Directiva 2004/113/CE	3
Directiva 76/207 CEE	2
Directiva 1975/117	2
Directiva 2004/83/CE	2
Directiva 88/2003/CE	1
Directiva 96/34/CEE	1
Directiva 2002/73/CE	1

5) Jurisprudencia sobre igualdad que se cita y número de veces (jurisdicción contencioso–administrativa):



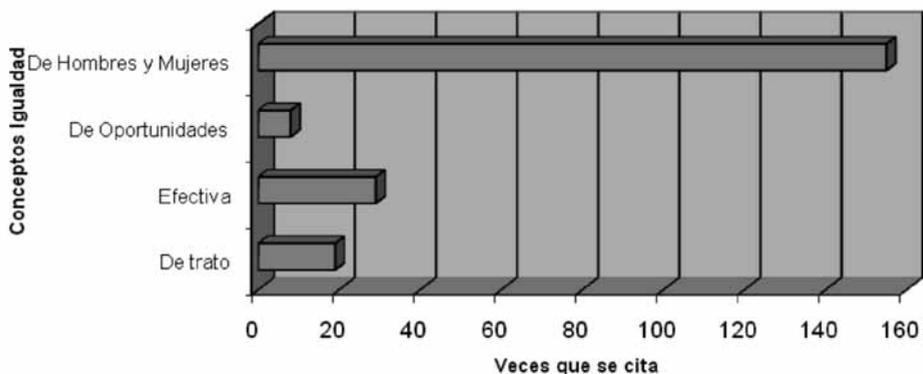
STS	10
STC	52
STEDH	34
TSJ Cataluña	2
Sentencias Kalanke y Marshall	2

6) Doctrina no jurisprudencial sobre igualdad, en comparación con la jurisprudencial (jurisdicción contencioso–administrativa):



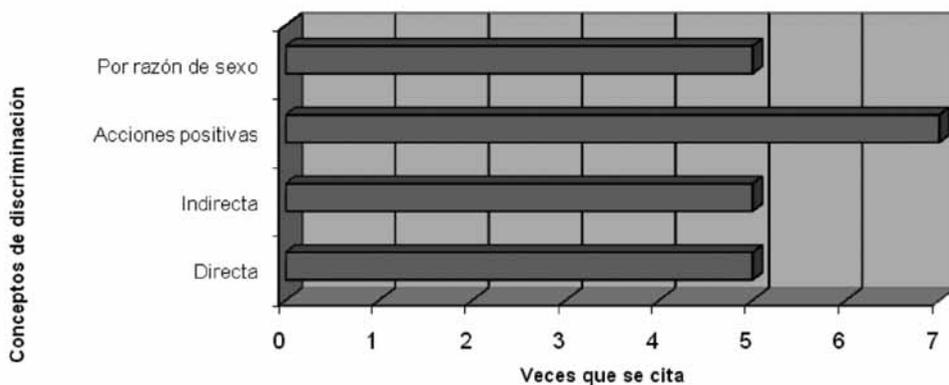
	Porcentaje
Doctrina No Jurisprudencial (Mobbing)	1,9%
Doctrina Jurisprudencial	98,1%

7) Nuevos conceptos de igualdad que se citan y número de veces (jurisdicción contencioso-administrativa):



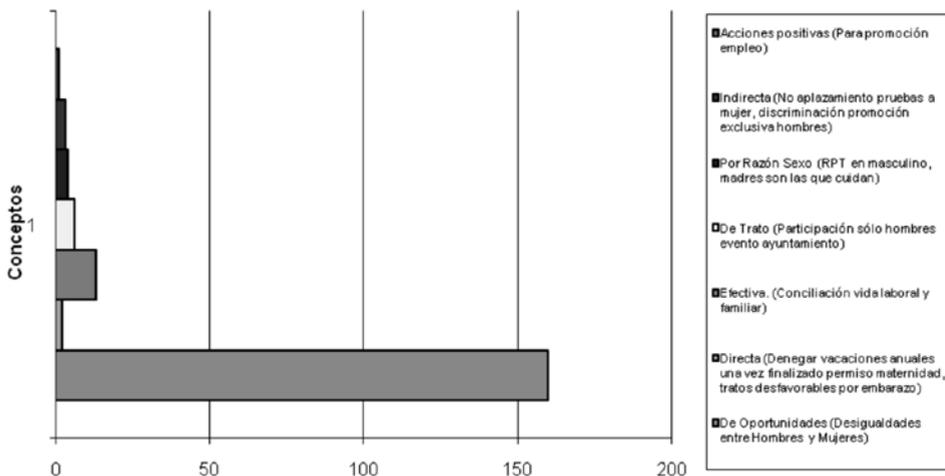
De trato	19
Efectiva	29
De oportunidades	8
De hombres y mujeres	155

8) Conceptos relativos o relacionados con la discriminación que se citan y número de veces (jurisdicción contencioso-administrativa):



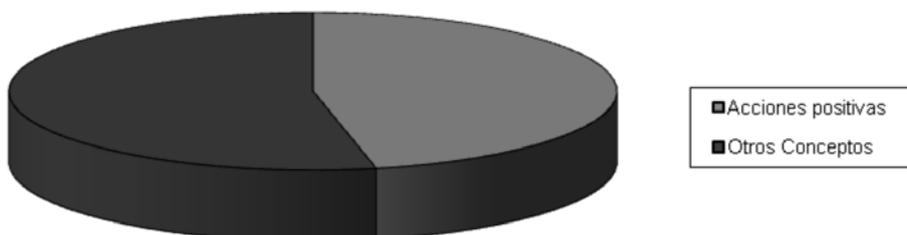
Directa	5
Indirecta	5
Acciones positivas	7
Por razón de sexo	5

9) Conceptos en conexión con la igualdad de género que se citan y número de veces (jurisdicción contencioso–administrativa):



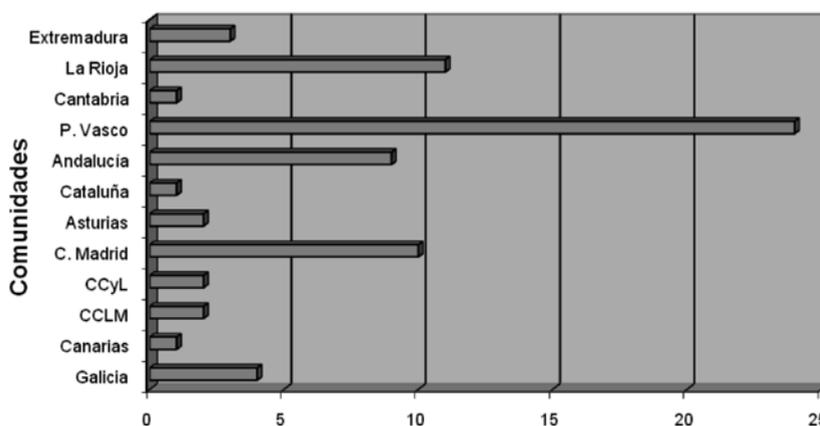
De oportunidades (desigualdades entre hombres y mujeres)	160
Discriminación directa (denegar vacaciones anuales una vez finalizado permiso maternidad, tratos desfavorables por embarazo)	2
Igualdad efectiva. (Conciliación vida laboral y familiar)	13
Igualdad de trato (Participación sólo hombres evento ayuntamiento)	6
Discriminación por razón sexo (RPT en masculino, madres son las que cuidan)	4
Discriminación indirecta (no aplazamiento pruebas a mujer, discriminación promoción exclusiva hombres)	3

10) Número de veces que se mencionan las “acciones positivas” (jurisdicción contencioso-administrativa):



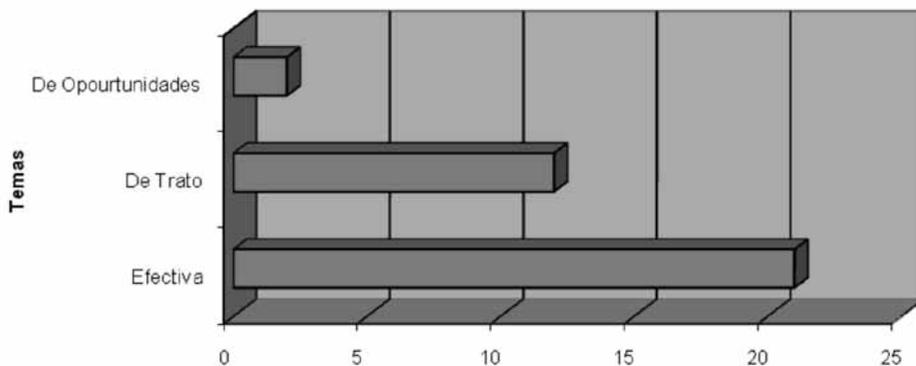
Acciones positivas	7
Otros conceptos	8

11) Número de casos que se resuelven por comunidad autónoma, relativos a igualdad en el orden de lo contencioso-administrativo (jurisdicción contencioso-administrativa)

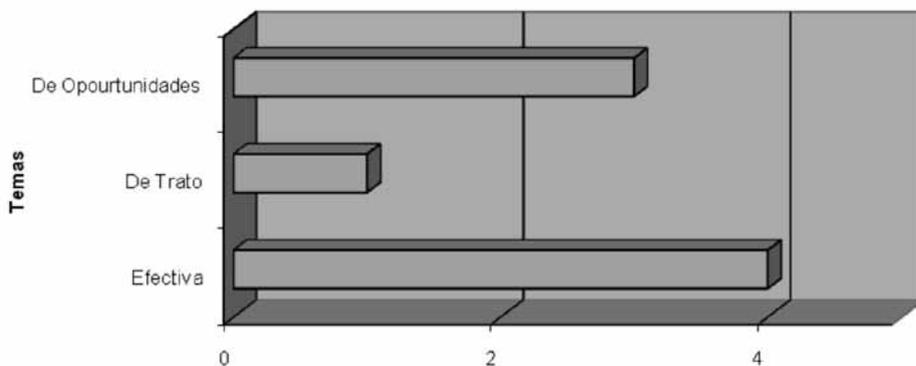


Galicia	4
Canarias	1
CCLM	2
CCyL	2
C. Madrid	10
Asturias	2
Cataluña	1
Andalucía	9
P. Vasco	24
Cantabria	1
La Rioja	11
Extremadura	3

12) Temas y número de veces en los que se cita la LOIMH, por magistrados y magistradas (jurisdicción contencioso-administrativa):

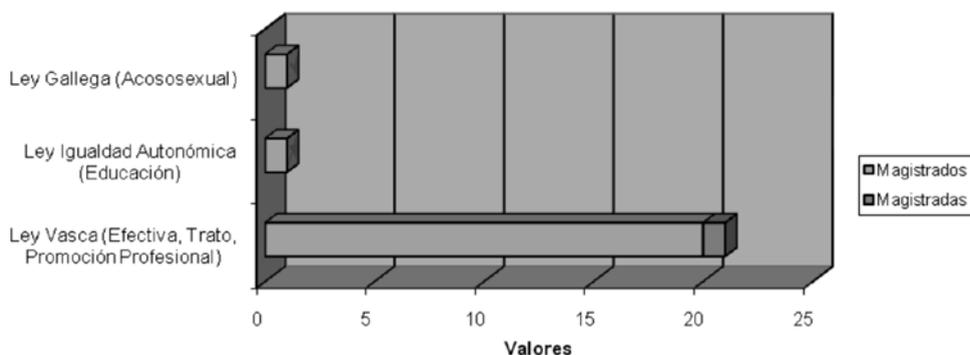


Efectiva	21
De trato	12
De oportunidadades	2



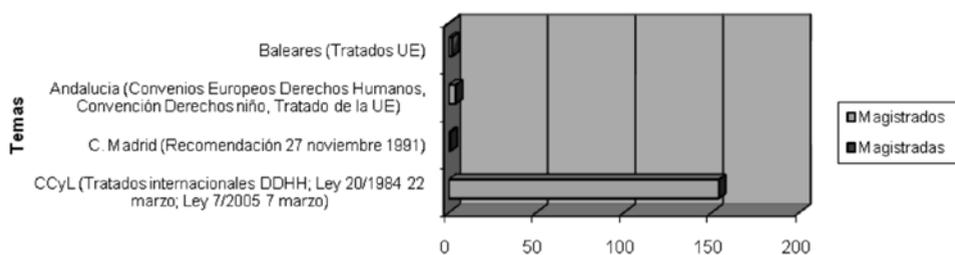
Efectiva	4
De trato	1
De oportuidades	3

13) Leyes autonómicas sobre igualdad que se citan más, y número de veces en que se hace, por magistrados y magistradas (jurisdicción contencioso-administrativa):



	Magistrados	Magistradas
Ley Vasca (Efectiva, Trato, Promoción Profesional)	20	1
Ley Igualdad Autonómica (Educación)	1	0
Ley Gallega (Acoso sexual)	1	0

14) Comunidades autónomas en las que se cita la normativa internacional sobre igualdad, temas y número de veces en que se hace, y distinguiendo entre magistrados y magistradas (jurisdicción contencioso-administrativa):



	Magistrados	Magistradas
CCyL (Tratados internacionales DDHH; Ley 20/1984 22 marzo; Ley 7/2005 7 marzo)	154	0
C. Madrid (Recomendación 27 noviembre 1991)	1	0
Andalucía (Convenios Europeos Derechos Humanos, Convención Derechos niño, Tratado de la UE)	4	0
Baleares (Tratados UE)	2	0

LA JURISPRUDENCIA EN MATERIAS DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN: LA APORTACIÓN DE LOS TRIBUNALES EUROPEOS

Índice:

I. Introducción

II. Sentencias del Tribunal Europeo De Derechos Humanos

1. Metodología
2. Aspectos sustantivos de las sentencias
 - a) Lenguaje
 - b) Conceptos
 - c) Postura del Tribunal
3. Recomendaciones

III. Sentencias del Tribunal De Justicia De La Unión Europea

1. Metodología
2. Aspectos sustantivos de las sentencias
 - a) Lenguaje
 - b) Conceptos
 - c) Postura del Tribunal
 - d) Recomendaciones

IV. Datos estadísticos sobre las sentencias de los tribunales europeos

V. Listado de sentencias que sientan precedente favorable en materia de promoción de igualdad

I. INTRODUCCIÓN

La investigación y análisis de la jurisprudencia abarcada comprende las sentencias emanadas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en temas de promoción, despido por maternidad, conciliación y discriminación salarial, y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en temas de discriminación por género.

El desglose de las sentencias analizadas para este proyecto, es el siguiente:

- Tribunales europeos: 46 sentencias:
 - Tribunal de Justicia de la Unión Europea: 32 sentencias.
 - Promoción en el empleo: 8 sentencias
 - Despidos por maternidad: 11 sentencias
 - Conciliación: 2 sentencias
 - Discriminación salarial: 8 sentencias
 - Conciliación y salario: 3 sentencias
 - Tribunal Europeo de Derechos Humanos: 14 sentencias sobre diferentes tipos de discriminación:
 - Paternidad: 2 sentencias
 - Requisitos de edad diferentes respecto al disfrute de beneficios sociales conectados a la pensión de jubilación: 3 sentencias
 - Discriminación en el uso del apellido: 1 sentencia
 - Discriminación indirecta: 2 sentencias
 - Diferencias de trato en el trabajo – Discriminación laboral: 5 sentencias
 - Discriminación múltiple (raza y sexo): una sentencia.
 - Omisión del Estado de establecer y aplicar de forma efectiva el derecho penal que castiga violaciones y abusos sexuales: una sentencia.

II. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) es la máxima autoridad judicial para la garantía de los derechos humanos y libertades fundamentales contenidas en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, adoptado por el Consejo de Europa en 1950 y que entró en vigor en 1953, y en su Protocolo número 12, que entró en vigor en 2005.

Desde su creación hasta 1998, cuando entró en vigor el Protocolo número 11 y creó el “nuevo Tribunal”, eran tres las instituciones encargadas de velar por el cumplimiento

de los derechos contenidos en el Convenio: la Comisión Europea de Derechos Humanos, la Corte Europea de Derechos Humanos y el Comité de Ministros del Consejo de Europa. Desde 1998, la Comisión y la Corte pasaron a formar una sola institución, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al que las personas físicas tienen derecho a dirigirse directamente.

La prohibición de discriminación se regula en el artículo 14 de dicho Convenio, el cual, con anterioridad a la firma del Protocolo número 12, no podía ser invocado de forma independiente, sino sólo en conexión con la violación de otro artículo de la Convención.

El artículo 14 del Convenio establece, bajo el título *Prohibición de discriminación*, que “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

1. Metodología

Para el presente estudio, hemos abarcado toda la jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) desde su creación, en 1959. La primera vez que el TEDH dictaminó una violación del artículo 14 del Convenio en un caso de discriminación por razón de sexo fue en el año 1968, en el caso de la lingüística belga, y desde ese año hasta 2009, el TEDH ha dictaminado violación del artículo 14, que establece el principio de no discriminación, sólo en 20 ocasiones²⁰⁰ por los siguientes actos constitutivos de alguna forma de discriminación basada en sexo:

- Derecho a la paternidad en el empleo: 2 sentencias.
- Requisitos de edad diferentes respecto al disfrute de beneficios sociales conectados a la pensión de jubilación: 3 sentencias.
- Discriminación en el uso del apellido: 1 sentencia.
- Discriminación indirecta: 2 sentencias.
- Diferencias de trato en el trabajo – Discriminación laboral: 5 sentencias.
- Discriminación múltiple (raza y sexo): 1 sentencia.
- Omisión del Estado de establecer y aplicar de forma efectiva el derecho penal que castiga violaciones y abusos sexuales: 1 sentencia.

200 *Gender Discrimination under EU and ECHR Law: Never Shall the Twain Meet?*, Samantha Besson. *Human Rights Law Review* (2008) 8 (4): 647–682, página 656.

La búsqueda de sentencias del TEDH se realizó en primer lugar consultando artículos académicos, y a partir de ahí se extrajeron las sentencias que han sido objeto del estudio. Entre estos artículos citamos:

- *Gender Equality Jurisprudence of the European Court of Human Rights*²⁰¹, Ivana Radacic. *The European Journal of International Law* Vol. 19 no. 4, 2008.
- *Gender Discrimination under EU and ECHR Law: Never Shall the Twain Meet?*, Samantha Besson. *Human Rights Law Review* (2008) 8 (4): 647–682

Tras realizar una búsqueda y selección de las sentencias del Tribunal, concluimos que no había ninguna sentencia que tratara sobre los cuatro temas objeto del estudio. Sin embargo, decidimos que era importante y enriquecedor para el estudio analizar las sentencias más significativas sobre discriminación, por considerar que este tribunal tiene gran relevancia al ser sus sentencias vinculantes para los Estados, cuyos pronunciamientos deben ser observados en la interpretación de las leyes que hacen los tribunales nacionales, y por ser la discriminación un tema transversal y estrechamente relacionado con la desigualdad.

2. Aspectos sustantivos de las sentencias

a. Lenguaje

El lenguaje de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde una perspectiva de género es más difícil de valorar, ya que éstas son emitidas en lengua inglesa y francesa. Para este trabajo, hemos leído las decisiones en inglés, un idioma a primera vista menos sexista que el español debido a que en inglés los adjetivos no tienen género masculino ni femenino, y es por tanto más neutro e inclusivo. Sin embargo, sí se puede apreciar un cierto discurso del Tribunal en la redacción de sus decisiones. Algunas autoras han afirmado que el Tribunal maneja un concepto de discriminación muy formalista y una interpretación de la igualdad de género simplista y paternalista, permaneciendo insensible a los casos de múltiple discriminación²⁰².

Por otra parte, el TEDH se cita mucho a sí mismo en sus sentencias, haciendo referencia a casos anteriores sobre la misma materia, por lo que sus decisiones mantienen

201 *Igualdad de género en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*.

202 Entre estas autoras, Ivana Radacic, *Gender Equality Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, *The European Journal of International Law* Vol. 19 no. 4 © EJIL 2008. (Jurisprudencia sobre igualdad de género en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

una estructura bastante estable y el lenguaje no cambia drásticamente de una sentencia a otra. Dependiendo del tipo de derecho recogido en el Convenio que esté en riesgo, el Tribunal tiende a utilizar un lenguaje más atrevido, y en los casos en los que entra en juego cualquier cuestión de tipo socio-económica, donde los Estados gozan de un margen de apreciación mayor, el lenguaje es más vago. En los casos sobre discriminación por razón de sexo, el TEDH ha tendido por tanto a ser cauteloso.

b. Conceptos

El TEDH ha establecido que la discriminación directa consiste en tratar de manera diferente, sin que existan razones objetivas y razonables, a personas que se encuentran en situaciones iguales (o muy parecidas). La ausencia de una justificación “objetiva y razonable” significa que la diferenciación en el trato no persigue un fin legítimo, o que no existe una relación razonable entre los medios empleados y el fin perseguido.

En cuanto a la discriminación indirecta, el Tribunal dictaminó en el año 2007 por primera vez que ésta es contraria al Convenio, y estableció que este tipo de discriminación se da en aquellos casos en los que un factor aparentemente neutral tal como una provisión, criterio o práctica pone a personas de un determinado grupo en desventaja particular con respecto a personas de otros, definidos estos grupos en términos de raza, sexo, color, idioma, religión, nacionalidad u origen nacional o étnico, sin que dicho factor tenga una justificación objetiva y razonable.

Así, fue en el caso *D.H y Otras c. Rep. Checa*²⁰³, donde el Tribunal consideró en profundidad aquellas leyes que parecen neutras pero que pueden tener un efecto discriminatorio y citó un párrafo de la sentencia del caso *Hoogendijk*:

*“cuando un demandante puede demostrar, basándose en estadísticas oficiales, la existencia de un indicio de que una regla específica, a primera vista –y a pesar de que esté formulada de una manera neutra –afecta a un porcentaje claramente más alto de mujeres que de hombres, es obligación del Gobierno demandado demostrar que esta diferencia es el resultado de factores objetivos que no están basados en discriminación por razón de sexo. Si la obligación de demostrar que el impacto diferencial sobre hombres y mujeres no es en práctica discriminatorio no recayera en el gobierno demandado, sería en la práctica extremadamente difícil para los demandantes probar la existencia de discriminación indirecta”*²⁰⁴.

203 *D.H y Otras c. Rep. Checa* ([GC], no. 57325/00, 13 Noviembre 2007, §§ 175–180).

204 *Hoogendijk c. Países Bajos*, no. 58461/00, sentencia de 6 de enero de 2005.

El Tribunal hizo notar que normalmente es difícil probar el tratamiento discriminatorio y, en consecuencia, deben aplicarse reglas probatorias menos estrictas en aquellos casos en los que se alega discriminación indirecta (párrafo 186).

Asimismo, en este pronunciamiento, el Tribunal señaló que, por ejemplo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea permite a los demandantes presentar pruebas basadas en estadísticas, estableciendo que la presentación de pruebas basadas en estadísticas en casos de discriminación indirecta establece una presunción refutable de que el efecto de una medida o práctica es discriminatorio, siendo conveniente la inversión de la carga de la prueba sobre el Estado, que debe probar que la diferencia de trato no es discriminatoria:

“los procedimientos del Convenio no siempre se prestan a aplicaciones rigurosas del principio affirmanti incumbit probatio (quien alega algo debe probarlo Akta c. Turquía (extractos), no. 24351/94, § 272, TEDH 2003-V). En algunas circunstancias, cuando los hechos permanecen, totalmente o en gran medida, bajo el sólo conocimiento de las autoridades debe considerarse que la carga de la prueba recae sobre las autoridades, que deben proporcionar una explicación convincente y satisfactoria (ver Salman c. Turquía [GC], no.21986/93, § 100, TEDH 2000–VII; y Anguelova c. Bulgaria, no.38361/97, § 111, TEDH 2002–IV²⁰⁵)”.

Esta sentencia sirvió al Tribunal para establecer una serie de principios respecto de la discriminación positiva. Así, señaló que es permisible la discriminación positiva en ciertos casos, considerando que la falta de un intento para corregir la desigualdad a través de un trato diferente puede constituir en ocasiones una violación del principio de no discriminación del artículo 14. Por otro lado, concluyó que el artículo 14 no prohíbe a un Estado miembro tratar a algunos grupos de una manera distinta para corregir “desigualdades de hecho” entre ellos; de hecho, en algunas circunstancias, el hecho de no tomar medidas de tratamiento diferencial para intentar corregir desigualdades puede ocasionar una violación del artículo 14, mostrando así que el Tribunal interpreta la noción de igualdad de forma substantiva y no sólo formal (párrafo 175)²⁰⁶.

205 *D.H y Otras c. Rep. Checa* [GC], no. 57325/00, 13 Noviembre 2007, párrafo 179.

206 “El Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que la discriminación implica un trato diferente, sin que exista una justificación objetiva y razonable para ello, a personas que se encuentran en situaciones similares (*Willis c Reino Unido*, no. 36042/97, § 48, TEDH 2002–IV; y *Okpiz c. Alemania*, no. 59140/00, § 33, 25 de octubre de 2005). También ha aceptado que una política o medida general que tienen efectos desproporcionadamente perjudiciales sobre un determinado grupo debe considerarse discriminatoria a pesar de no estar dirigida a ese grupo de forma específica (ver *Hugh Jordan c. Reino Unido*, no. 24746/94, § 154, sentencia de 4 de mayo de 2001; y *Hoogendijk c. Países Bajos*, no. 58461/00, sentencia de 6 de enero de 2005) y que la discriminación potencialmente contraria al Convenio debe derivarse de una situación de facto (ver *Zarb Adami c. Malta*, no. 17209/02, § 76, TEDH 2006–...)”.

Centrándonos en la discriminación basada en el sexo, éste es un principio de derecho muy arraigado en el Tribunal. Ya en 1985, el TEDH dictaminó que el avance en la igualdad entre los sexos era un objetivo muy importante para los Estados Miembros del Consejo de Europa (*Abdulaziz y otros c. Reino Unido*). Más recientemente, el Tribunal ha establecido que la igualdad de género es uno de los principios clave que subyacen en el Convenio (*Sahin c. Turquía*²⁰⁷).

En el caso *Abdulaziz y otras c. Reino Unido* las demandantes, tres residentes legales permanentes del Reino Unido, pidieron permiso a las autoridades de inmigración para que sus maridos se reunieran con ellas, siendo todos ellos no nacionales, basándose en la normativa vigente en ese momento en materia de migración, según la cual se permitía a los maridos juntarse con sus esposas que fueran, o cuyos padres fueran, ciudadanos actuales del Reino Unido o de sus colonias. Esta limitación no se aplicaba a las esposas de hombres con residencia permanente. Las demandantes alegaron discriminación basada en motivos de raza y sexo, y en el caso de la tercera solicitante, la Sra. Balkandali, de nacimiento.

En este caso, el Tribunal encontró que las medidas de inmigración, que permitían a las esposas pero no a los maridos de personas residentes permanentes entrar para reunirse con sus cónyuges, violaban el artículo 14, que establece el derecho a no sufrir discriminación, en conjunto con el artículo 8 del Convenio, que protege el derecho al respeto a la vida privada y familiar. El Tribunal no encontró que las medidas de inmigración supusieran una discriminación por motivos de raza o nacimiento, y estableció que “*A los efectos del artículo 14, una diferencia de trato es discriminatoria si “no tiene una justificación razonable y objetiva”, es decir, si no persigue un “fin legítimo” o si no existe una “relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin que se pretende conseguir” (ver, entre otras, la mencionada*

207 En este caso la demandante, una ciudadana turca de religión musulmana, alegó, en una queja dirigida a la Comisión Europea de Derechos Humanos y, consecuentemente, al TEDH, que las normas turcas que prohibían a las mujeres llevar velo para asistir a la Universidad violaban los artículos 8, 9, 10 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el artículo 2 del Protocolo número 1. En febrero de 1998 el Vicerrector de la Universidad de Estambul, donde la demandante estudiaba medicina, informó a la comunidad estudiantil que las estudiantes que llevaran velo y los estudiantes que llevaran barba no serían admitidos en las clases, cursos o tutorías. En consecuencia, a la demandante, que continuó llevando velo, se le prohibió examinarse y asistir a clases y tutorías. La demandante apeló a la más alta instancia administrativa en Turquía, donde su demanda fue desestimada, reconociendo la Corte la autoridad legítima del Vicerrector para regular la vestimenta de los y las estudiantes con el fin de “mantener el orden”. Tras la decisión, la demandante participó en una protesta estudiantil que condujo a su suspensión. Después de agotar todas las vías para apelar la decisión de suspenderle, la demandante cesó sus estudios en la Universidad de Estambul y se matriculó en una universidad en Viena. En este caso, el Tribunal examinó el consenso europeo y determinó que no se había producido ninguna violación del Convenio. Para el Tribunal, “*la demandante no proporcionó detalles suficientes en sus alegaciones ante el pleno. Además, como ya se ha señalado (ver párrafos 99 y 158), las normas relativas al pañuelo no estaban dirigidas contra la filiación religiosa de la demandante sino que perseguían, entre otras cosas, el fin legítimo de proteger el orden y los derechos y libertades de las demás personas y tenían como objetivo manifiesto la preservación de la naturaleza laica de las instituciones educativas*”.

sentencia “*Belgian Linguistic*”, Serie A no. 6, p. 34, párrafo 10, la sentencia *Marckx*, Serie A no. 31, p. 16, párrafo 33, y la sentencia *Rasmussen*, Serie A no. 87, p. 14, párrafo 38)²⁰⁸.

Además, añadió que “*La noción de discriminación recogida en el artículo 14 incluye, en general, casos en los que una persona o un grupo es tratada, sin una justificación apropiada, menos favorablemente que otra, a pesar de que el trato más favorable no sea requerido por el Convenio*”²⁰⁹.

La sensibilidad del TEDH hacia la igualdad y los asuntos relacionados con el género se ha confirmado recientemente en sentencias que recalcan la obligación de los Estados de combatir e investigar casos de violencia de género y discriminación, incluso cuando son perpetrados por individuos y el Estado ha tenido o debe haber tenido noticia de ello (*Opuz c. Turquía* y *MC c. Bulgaria*).

En el caso *M.C. c. Bulgaria*²¹⁰, la demandante, una joven de 14 años, alegó que había sido violada por dos hombres a los que conocía y con los que salió de forma voluntaria a condición de que estuviera de vuelta en casa a determinada hora. Ella denunció la agresión pero las autoridades no imputaron a los hombres por falta de pruebas de que la chica opuso resistencia física a la violación o de que los hombres hubieran utilizado fuerza física o coacciones contra ella. En Bulgaria, en la práctica judicial, una falta de resistencia física puede ser considerada como prueba de consentimiento.

El Tribunal examinó si la definición de violación de la legislación búlgara vulneraba los artículos 3 y 8 del Convenio, concluyendo que las obligaciones positivas de los Estados bajo el Convenio “*requieren la criminalización y la persecución efectiva de todos los actos sexuales perpetrados sin consentimiento, incluso en ausencia de resistencia física de la víctima*”²¹¹. Destacó que un Código Penal que limita la definición de violación (el Código Penal búlgaro considera que existe violación cuando una mujer es obligada a una relación sexual “a través del uso de la fuerza o de amenazas”) pone a las mujeres en riesgo de sufrir mayor violencia y no protege adecuadamente la autonomía sexual de las personas.

El TEDH también hizo hincapié en la especial vulnerabilidad de las menores y dijo que la obligación de perseguir y responsabilizar a los culpables de violencia de género y violación está suficientemente bien establecida en el derecho europeo e internacional (párrafo 166).

208 *Abdulaziz y otras c. Reino Unido*, párrafo 72.

209 *Ibidem*, párrafo 82.

210 Caso *M.C. c. Bulgaria*, demanda 39272/98, sentencia de 4 de marzo de 2004.

211 *Ibidem*, párrafo 166.

Por otro lado, el caso de *Opuz c. Turquía* ha sentado un precedente importante que establece que la violencia de género supone discriminación. En su sentencia, el Tribunal dijo: “*El Tribunal considera que la violencia sufrida por la demandante y por su madre debe considerarse violencia de género, que es una forma de discriminación contra las mujeres*”²¹².

Para llegar a esta conclusión, el Tribunal citó varios tratados internacionales, incluyendo la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer²¹³ (CEDAW) y la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer²¹⁴ (Convención de Belem do Pará), que es el primer y único documento exclusivamente dedicado a la violencia de género. El Tribunal reiteró en su sentencia la obligación positiva de los Estados de combatir la violencia contra mujeres a través de investigaciones efectivas y de juzgar a los culpables, incluso cuando la violencia es perpetrada por actores no estatales. Esta decisión es muy importante porque el Tribunal concluyó que el Estado turco había vulnerado tanto el derecho de no discriminación como el derecho a la vida de la madre por falta de debida diligencia, así como el artículo 3 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Esto significa que un Estado puede ser responsable, de acuerdo con el derecho europeo, si no toma medidas para prevenir o reparar a las personas que sufren discriminación por motivos de género por parte de entidades y personas privadas.

c. Postura del Tribunal

Muestra de la importancia que la protección de la no discriminación ha supuesto para el TEDH, es la adopción, en el año 2000, del Protocolo número 12. Con anterioridad al mismo, las alegaciones de violación del principio de no discriminación debían realizarse en conjunto con la violación de cualquiera de los otros derechos regulados. No obstante, la adopción del Protocolo permite que a partir de ahora se pueda acudir al Tribunal alegando únicamente violación del derecho a no sufrir discriminación. Con la firma del Protocolo, los Estados Miembros del Consejo de Europa han reforzado el principio de igualdad como principio fundamental que debe regir todas las sociedades de los Estados Partes, tanto en su vertiente de igualdad ante la ley, como del derecho de hombres y mujeres a la misma protección por la ley. En dicho Protocolo, los Estados se manifiestan resueltos a tomar nuevas medidas para promover la igualdad de todos mediante la garantía colectiva de la prohibición general de la discriminación a través del Convenio, y reiteran, con su firma, que el principio de no discriminación no impide tomar medidas

212 Caso *Opuz c. Turquía*, demanda 33401/02, sentencia de 9 de Junio de 2009, párrafo 200.

213 Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1979.

214 Adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos.

para promover una igualdad plena y efectiva, siempre que respondan a una justificación objetiva y razonable. Este documento supone por tanto un refuerzo de la idea de que es posible para los Estados adoptar medidas de discriminación positiva sin vulnerar el principio de discriminación.

El artículo 1 del Protocolo establece que “1. *El goce de los derechos reconocidos por la ley ha de ser asegurado sin discriminación alguna, en particular por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro carácter, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.* 2. *Nadie podrá ser objeto de discriminación por parte de una autoridad pública, en particular por los motivos mencionados en el apartado 1*”.

La primera violación del Protocolo número 12 fue dictaminada en el 2009, en la sentencia que el Tribunal emitió en el caso *Sejdić y Finci c. Bosnia y Herzegovina*.

En esta decisión, el Tribunal dejó claro que utiliza el mismo estándar y la misma metodología jurídica que se ha desarrollado bajo el artículo 14 del Convenio para decidir los casos en los que se alegan vulneraciones del Protocolo 12. El Tribunal dijo:

“La noción de discriminación ha sido interpretada de forma consistente en la jurisprudencia de este Tribunal en relación al artículo 14 del Convenio. En particular, esta jurisprudencia ha dejado claro que la “discriminación” comporta un trato diferenciado, sin objetivo ni justificación razonable, a personas que se encuentran en situaciones similares (ver los párrafos 42 a 44 y las autoridades citadas en ellos). Los autores utilizaron el mismo término, discriminación, en el artículo 1 del Protocolo número 12. A pesar de tratarse de un ámbito diferente, existía la intención de que el significado de este término en el artículo 1 del Protocolo número 12 tuviera idéntico significado al del artículo 14 (ver el informe explicativo al Protocolo número 12, párrafo 18). El Tribunal no ve, por ello, ninguna razón para apartarse de la asentada interpretación de discriminación al aplicar el mismo término bajo el artículo 1 del Protocolo número 12²¹⁵”.

Resulta importante señalar que en sus sentencias en materia de discriminación, el TEDH utiliza diferentes niveles de análisis o escrutinio para decidir sobre la existencia o no de discriminación. El “test” o escrutinio sobre igualdad y no discriminación configurado por el Tribunal busca averiguar cuándo, entre supuestos comparables, el trato diferente, fundamentado en razones objetivas y de acuerdo con el principio de proporcionalidad, no es discriminatorio. Es una herramienta muy importante con relación a la justificación de las medidas de acción positiva.

215 Caso *Sejdić y Finci c. Bosnia y Herzegovina*, demandas 27996/06 y 34836/06, sentencia de 22 de diciembre de 2009, párrafo 55.

El escrutinio estricto se aplica a los casos de diferencias de trato basadas en cuestiones sobre sexo, raza, color, religión, origen nacional u orientación sexual.

Junto a ello, la determinación de existencia de discriminación se realiza por el TEDH teniendo en consideración el “margen de apreciación” del Estado, entendido como un margen que se da a los Estados Parte, cuando entienden que no existe un consenso en la comprensión del sentido y alcance de los derechos. En estos casos, el Tribunal decide que el Estado en cuestión puede considerar las particularidades de las distintas sociedades en la aplicación de los tratados sobre derechos humanos.

Dentro de la jurisprudencia del Tribunal está bien establecido que cualquier tipo de tratamiento diferente a grupos o a personas en situaciones similares necesita tener un objetivo legítimo para ser conforme al Convenio. Cuando existe un tratamiento diferente basado en la raza, el color o la etnia de las personas, el Tribunal aplica un examen muy estricto de la práctica impugnada y de la razón que el Estado da para tratar a personas de forma diferenciada²¹⁶. En el caso *Ünal Tekeli c. Turquía*, el Tribunal afirmó que “*tienen que alegarse razones de mucho peso para que una diferencia de trato basada en el sexo pueda ser considerada compatible con el Convenio*” (párrafo 53).

Es importante también señalar que el TEDH utiliza también como herramienta de interpretación el concepto del consenso de los Estados miembros, el consenso internacional o el consenso de las personas expertas en determinada materia, dependiendo del caso.

El “consenso europeo” es uno de los argumentos desarrollados por el Tribunal para interpretar algunos conceptos redactados de forma amplia o imprecisa en el Convenio. El Tribunal realiza un análisis comparativo y trata de establecer así estándares comunes europeos sobre determinadas materias. Sin embargo, el consenso europeo no aparece recogido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. A menudo, el Tribunal resuelve un caso después de observar el derecho comparado en otros Estados del Consejo de Europa, considerando que el Convenio es un instrumento vivo que puede ser reinterpretado “a la luz de las condiciones actuales²¹⁷”.

El consenso europeo es un concepto muy vinculado al margen de apreciación de los Estados y es incorporado al razonamiento del Tribunal como un mediador entre dife-

216 “El Tribunal reitera que una diferencia de trato es discriminatoria si “no tiene una justificación razonable y objetiva”, es decir, si no persigue un “propósito legítimo” o si no hay una “relación de proporcionalidad razonable” entre los medios utilizados y el objetivo perseguido (ver, entre otras, *Larkos c. Chipre* [GC], no. 29515/95, § 29, TEDH 1999-I; y *Stec y otras, citada arriba*, § 51). Cuando la diferencia de trato está basada en raza, color o etnia, la noción de justificación razonable y objetiva debe interpretarse de la forma más estricta posible” (párrafo 196).

217 Caso *Tyrer c. Reino Unido*, demanda 5856/72, sentencia de 25 de abril 1978, párrafo 31.

rentes cánones de interpretación del Convenio. Indica un reconocimiento, por parte del TEDH, de la existencia de valores o procedimientos comúnmente aceptados entre los Estados Miembros. Un ejemplo puede verse en el caso *Soering c. Reino Unido*²¹⁸, en el que el TEDH utilizó como definición del término “tortura” la contenida en la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes²¹⁹.

El Tribunal no busca una legislación unificada sino que se esfuerza por localizar los puntos de convergencia. En el caso *X, Y y Z c. Reino Unido*²²⁰, por ejemplo, el TEDH estableció que “*La Comisión ha referido una clara tendencia en los Estados Miembros al reconocimiento legal de las reasignaciones de género. Consideró que, en el caso de una persona transexual que se había sometido a una operación de reasignación de género en un Estado Miembro y que vivía en él formando una familia, debía haber una presunción a favor del reconocimiento legal de esa relación y que la negación de dicho reconocimiento requería una justificación especial*”²²¹.

En el caso *Ünal Tekeli c. Turquía*, mencionado anteriormente, el Tribunal utilizó el consenso europeo para establecer que Turquía era la único país en Europa que privaba a las mujeres del derecho a conservar sus apellidos tras del matrimonio: “*Los Estados parte disfrutan de un cierto margen de apreciación para valorar si, y hasta qué punto, las diferencias justifican un tratamiento diferente por parte de las leyes. El alcance del margen de apreciación variará de acuerdo a las circunstancias, la materia objeto de estudio y sus antecedentes (ver Rasmussen c. Dinamarca, sentencia del 28 de noviembre de 1984, Serie A no.87, § 40, e Inze c. Austria, sentencia del 28 de Octubre de 1987, Serie A no.126, § 41)*” (párrafo 52).

Como ya se ha señalado anteriormente, este margen es más estrecho cuando la discriminación se basa en razones de raza, etnia y sexo.

d. Recomendaciones

Podemos concluir que el TEDH manifiesta desde sus inicios su compromiso en la necesidad de luchar contra la discriminación por género, habiendo mantenido a lo largo de los años una jurisprudencia consolidada y un mismo uso del lenguaje en relación con los casos de discriminación en general. No obstante, la evolución de la jurisprudencia sobre

218 Caso *Soering c. Reino Unido*, demanda 14038/88, sentencia de 7 de julio de 1989, párrafo 88.

219 Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984.

220 Caso *X, Y y Z c. Reino Unido*, demandas 75/1995/581/667, sentencia de 22 de abril de 1997.

221 *Ibidem*, párrafo 40.

discriminación no ha sido tan avanzada como podría haber sido debido a varios factores que es importante mencionar:

- La necesidad de que la discriminación se invocara en relación con la violación de otro derecho del Convenio hasta la firma del Protocolo número 12.
- La aplicación del margen de apreciación, que muestra la reticencia del TEDH de ir por delante de la mayoría de los Estados Partes, hasta en casos donde la norma resulta claramente discriminatoria (ver casos sobre permisos de paternidad).
- La limitación en la aceptación de pruebas que mostraban que la discriminación en el caso concreto era también evidencia de un fenómeno más amplio. Esto ha sido clave para que el Tribunal considere la violencia de género como una manifestación de la discriminación en el caso de *Opuz*.

III. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.

1. Metodología.

Desde 1975 hasta la actualidad, son numerosas las directivas y otras normas emanadas de la Unión Europea en relación con la materia de igualdad entre hombres y mujeres, en distintos ámbitos, principalmente en relación con la igualdad en materia laboral²²².

El estudio realizado en el marco del proyecto, abarca la jurisprudencia más importante desde la mencionada fecha hasta la actualidad. Las razones por las que consideramos que, a pesar de haber marcado un lapso de tiempo de 2 años (2008 y 2009) para las sentencias de tribunales estatales, resultaba interesante ampliar ese lapso de tiempo a la hora de analizar la jurisprudencia europea, tanto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) son las siguientes:

- Dos años para analizar sentencias de un tribunal europeo es muy poco tiempo, teniendo en cuenta que el volumen de asuntos que llegan a esta instancia es mucho menor.
- Las directivas relativas a igualdad (de las que, en cierto modo, procede la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, objeto de nuestro estudio) datan, la primera de ellas, de 1976 y consideramos que es interesante incluir un lapso de tiempo más largo (desde que empieza a haber pronunciamientos relativos a la interpretación de dichas directivas).

222 En 1975 se publica la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos, siendo la primera en la materia. Desde entonces, se han publicado la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción de profesionales, y a las condiciones de trabajo; la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social; la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; la Directiva 2002/73/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; la Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro; la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, entre otras. Asimismo, se ha aprobado la Recomendación 84/635/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1984, relativa a la promoción de acciones positivas en favor de la mujer y la Resolución del Parlamento Europeo sobre igual salario a igual trabajo (2000/2312(INI)) de 20 de septiembre de 2001.

- Consideramos que el relativamente bajo volumen de resoluciones que se pronuncian acerca de los cuatro asuntos que hemos delimitado (acoso, reducción de jornada-conciliación, promoción profesional y despido por maternidad) nos permite hacer un análisis sobre la evolución que el tratamiento de dichos temas ha experimentado en la jurisprudencia europea.

Respecto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), las categorías de búsqueda asignadas eran, dentro del ámbito del derecho laboral, las siguientes:

- Discriminación salarial (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).
- Despidos por maternidad.
- Promoción profesional.
- Acoso (sexual y por razón de sexo).
- Conciliación de la vida personal y profesional: reducción de jornada para cuidado de hijos e hijas.

En un primer momento, la búsqueda de la jurisprudencia se realizó en el portal web del Tribunal, que dispone de acceso a una base de datos. No obstante, la misma no permite realizar una búsqueda abierta por temas, sino que en caso de optar por realizar la búsqueda por materias, el propio tribunal recoge una lista. Ninguno de los términos de la lista corresponde a las categorías objeto del presente estudio, y tampoco existen categorías tales como “género”, “discriminación”, “mujeres”, o similares. Por tanto, se decidió que el primer acercamiento a esta jurisprudencia se realizaría por medio de la lectura de artículos académicos. Asimismo, dicha búsqueda resultaba compleja debido al amplio margen de tiempo que manejábamos, que comprendía desde 1975, año en que se publica la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos, que es la primera en la materia que nos ocupa, hasta 2009.

Así, se consultaron publicaciones académicas que analizan las decisiones del TJUE en función de sus aportaciones en cuanto a interpretación del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo, y de acuerdo con las categorías objeto de la investigación.

Los artículos recogen una explicación de los hechos de cada caso y qué aportaciones novedosas supone dicha sentencia en materia de igualdad de género, por lo que su lectura facilita la selección de sentencias que debían ser objeto de análisis para este proyecto. Los artículos consultados han sido los siguientes:

- *Gender Equality in the Case Law of the European Court of Justice*²²³, Agata Brzezińska. IES WORKING PAPER 2/2009 (Institute for European Studies).
- *The European Transformation of Harassment Law: Discrimination Versus Dignity*²²⁴, Gabrielle S. Friedman and James Q. Whitman. The Parker School of Foreign and Comparative Law, Columbia University, Columbia Journal of European Law, Spring, 2003.
- *The new jurisprudence of sexual harassment*²²⁵, Kathryn Abrams. Cornell Law Review, July, 1998.
- *When is Pregnancy Discrimination Indirect Sex Discrimination?*²²⁶, Robert Wintemutf, Industrial Law Journal, Vol 27, No I, March 1998.
- *Gender Discrimination under EU and ECHR Law: Never Shall the Twain Meet?*²²⁷, Samantha Besson. Human Rights Law Review (2008) 8 (4): 647-682

De las sentencias seleccionadas en este proceso y posteriormente analizadas, ocho versan sobre promoción en el empleo, once sobre despidos por maternidad, dos sobre conciliación, ocho sobre discriminación salarial, y tres sobre conciliación y salario.

2.Aspectos sustantivos de las sentencias.

a. Lenguaje

Las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea analizadas han sido leídas, en su mayoría, en su traducción oficial al castellano, que se encuentra en la página oficial de jurisprudencia de la Unión Europea²²⁸. Sin embargo, algunas sentencias, las más antiguas, no cuentan con una traducción española, por lo que han sido leídas en inglés. A este respecto, cabe señalar que las sentencias del TJUE pueden estar escritas en cualquier lengua oficial de la Unión Europea, dependiendo del Estado del que procede el asunto.

223 Equidad de género en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

224 La transformación europea de las leyes de acoso: discriminación contra dignidad

225 La nueva jurisprudencia sobre acoso sexual.

226 ¿Cuándo es la discriminación por embarazo una discriminación indirecta por razón de sexo?

227 Discriminación de género bajo el derecho de la Unión Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos: *never shall the Twain meet?*

228 <http://eur-lex.europa.eu/JURISIndex.do?ihmlang=es>

En general, el lenguaje de estas sentencias sigue siendo poco inclusivo al utilizar el género masculino de forma genérica, refiriéndose de forma continua a “los trabajadores”, “los ciudadanos”, etc. Sin embargo el discurso sobre la igualdad de género que subyace en las sentencias varía mucho de una sentencia a otra, predominando un lenguaje más bien recatado y poco innovador.

b. Conceptos

El TJUE ha manifestado en su jurisprudencia la prohibición tanto de la discriminación directa como de la indirecta. Para el Tribunal, existe discriminación directa cuando una persona es tratada de forma menos favorable que otra en base a su sexo. La primera sentencia en la que el Tribunal abordó la cuestión de la discriminación directa fue emitida en el año 1975, en el asunto C-43/75, Defrenne²²⁹, en un caso sobre igualdad de remuneración entre trabajadoras y trabajadores. En ella, el TJUE aclara que el principio de igualdad de retribución para hombres y mujeres por el mismo trabajo forma parte de los principios fundamentales de la Comunidad (CEE). Establece asimismo que “(...) *al interpretar esta disposición, no es posible basar los argumentos en la dilación y resistencia que hayan podido retrasar la implementación efectiva de este principio básico en ciertos Estados Parte*²³⁰”. Asimismo, el Tribunal establece que:

“Con el propósito de implementar estas disposiciones debe trazarse una distinción, dentro del ámbito de aplicación del artículo 119²³¹, entre, en primer lugar, discriminación directa y patente, que puede identificarse simplemente con la ayuda de los criterios basados en igual trabajo e igual retribución a los que se refiere el artículo en cuestión y, en segundo lugar, la discriminación indirecta y oculta, que sólo puede identificarse por referencia a disposiciones implementadoras más explícitas de carácter nacional o comunitario”²³².

229 Caso Gabrielle Defrenne contra Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena, sentencia de 15 de junio de 1978.

230 Traducción propia.

231 Artículo 119 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 1957: “Cada Estado miembro garantizará durante la primera etapa, y mantendrá después, la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo. Se entiende por retribución, a tenor del presente artículo, el salario o sueldo normal de base o mínimo y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo. La igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa: a) que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida; b) que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo”.

232 Traducción propia. Caso Gabrielle Defrenne contra Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena, sentencia de 15 de junio de 1978, párrafo 1.

Continúa argumentando que:

“Es imposible no reconocer que la completa implementación del objeto perseguido por el artículo 119, en términos de eliminación de toda discriminación, directa o indirecta, entre hombres y mujeres trabajadoras, no sólo respecto de empresas individuales sino también de toda la rama industrial e incluso del sistema económico en su conjunto, puede en ciertos casos implicar la elaboración de criterios cuya implementación necesite la toma de medidas apropiadas a nivel nacional y comunitario”²³³.

El Tribunal concreta su interpretación de discriminación directa al establecer que

“Entre las formas de discriminación directa que pueden identificarse con la sola referencia a los criterios sentados por el artículo 119 deben incluirse en particular aquellas que tienen su origen en disposiciones legislativas o en convenios colectivos, y deben ser detectadas sobre la base de un puro análisis legal de la situación”²³⁴.

También se pronuncia el Tribunal sobre el ámbito de aplicación del principio de igualdad de retribución, al señalar que

“De hecho, al ser el artículo 119 de naturaleza obligatoria, la prohibición de discriminación entre hombres y mujeres se aplica no sólo a la acción de las autoridades públicas sino que se extiende también a los acuerdos de negociación colectiva y a los contratos entre individuales”²³⁵.

De lo anterior, deducimos que para que exista discriminación directa deben reunirse dos condiciones: la causa de la desigualdad es el sexo de la persona, y el tratamiento recibido por la persona discriminada es menos favorable que el que recibe otra persona del otro sexo en una situación equiparable. Para el TJUE, un trato diferenciado sólo podrá ser permitido cuando esté “justificado” y se produzca por razones “objetivas”, tal como se recoge en varias decisiones: asunto C-360/90, Boetel, párrafos 21 y 26; asunto C-127/92, Enderby, párrafo 18; asunto C-1/95, Gester, párrafo 35; asunto C-243/95, Hill & Stapleton párrafos 34 y 35; asunto C-25/02, Rinke, párrafos 31, 33, 36, 42.

En cuanto a la discriminación indirecta, ésta se produce cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros, pone en situación de desventaja particular a personas

233 Traducción propia. Caso Gabrielle Defrenne contra Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena, sentencia de 15 de junio de 1978.

234 Traducción propia. Caso Gabrielle Defrenne contra Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena, sentencia de 15 de junio de 1978.

235 Traducción propia. Caso Gabrielle Defrenne contra Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena, sentencia de 15 de junio de 1978.

de un determinado sexo con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios. De acuerdo con la jurisprudencia, sólo será admisible el trato desventajoso para una persona, y por tanto existirá justificación objetiva para ese trato diferenciado, cuando las medidas adoptadas correspondan a una necesidad real en la situación concreta, estas medidas sean adecuadas para lograr el fin que se pretende, y sean necesarias para tal fin.

Así, en el asunto C-360/90, Bötzel, el Tribunal estableció que:

“De ello se desprende que, por lo que respecta a la indemnización de la participación en cursos de formación, la aplicación de disposiciones legislativas como las controvertidas en el procedimiento principal implica, en principio, en materia retributiva, una discriminación indirecta de las trabajadoras respecto a los trabajadores, contraria al artículo 119 del Tratado y a la Directiva 75/117²³⁶.”

Sólo no cabría hablar de discriminación en el supuesto en que la diferencia de trato efectuada entre los dos grupos de miembros de Comités de Empresa se justificara por razones objetivas, ajenas a cualquier discriminación basada en el sexo (véase, entre otras, la citada sentencia 171/88²³⁷).”

En el asunto C-438/99, Melgar, el único caso procedente de un tribunal español de todos los analizados para este estudio, relativo a un cese en la relación laboral de una empleada con un ayuntamiento, el Tribunal estableció que:

“el hecho de no renovar un contrato de trabajo de duración determinada, siempre que se acredite que se produjo por motivos relacionados con el embarazo, constituye también una discriminación indirecta por razón de sexo. (...) La falta de renovación del contrato equivale a una negativa de contratación de una mujer embarazada, claramente contraria a los artículos 2 y 3 de la Directiva 76/207, tal como ha declarado el Tribunal de Justicia en repetidas ocasiones (sentencias de 8 de noviembre de 1990, Dekker, C-177/88, Rec. p. I-3941, apartado 12, y de 3 de febrero de 2000, Mahlburg, C-207/98, Rec. p. I-549, apartados 27 a 30)²³⁸”.

Por otro lado, en la jurisprudencia del Tribunal existen pocos casos en los que se litigue sobre denegaciones de medidas de conciliación tales como solicitudes de reducción de

236 Caso Arbeiterwohlfahrt der Stadt Berlin e.V. contra Monika Bötzel, sentencia de 4 de junio de 1992, párrafo 20.

237 *Ibidem*, párrafo 21.

238 Caso María Luisa Jiménez Melgar contra Ayuntamiento de Los Barrios, sentencia de 4 de octubre de 2001, párrafo 41.

jornada para cuidado de hijas e hijos, probablemente debido a que estas cuestiones se resuelven por los tribunales del Estado correspondiente. En cualquier caso, creímos que lo verdaderamente interesante aquí era tratar de visibilizar que la reducción de jornada tiene o puede tener efectos negativos en términos de promoción en el empleo, acceso al sistema de prestaciones sociales, mayor propensión al despido, etc., y que la gran mayoría de las reducciones de jornada corresponden a mujeres, lo que podría interpretarse como un caso de discriminación indirecta.

Un ejemplo que ilustra esto es el asunto C-1/95, *Gerster v. Freistaat Bayern*, sentencia de 2 de octubre de 1997. En un caso donde se discutía la promoción de personas trabajadoras a tiempo parcial, el Tribunal señaló que cuando una disposición nacional trata de manera menos favorable a las personas que trabajan a tiempo parcial respecto de aquellos que trabajen a jornada completa, en tanto que los primeros acumulan horas de trabajo más lentamente, por fuerza obtienen la promoción más tarde. Teniendo en cuenta que, en el caso concreto, el 87% de las personas trabajadoras a tiempo parcial eran mujeres, el Tribunal concluyó que la disposición era discriminatoria contra las mujeres empleadas en relación con los hombres trabajadores, argumentando de la siguiente forma:

“Procede señalar que la disposición nacional controvertida en el litigio principal no realiza una discriminación directa, puesto que el método de cálculo de la antigüedad aplicado a los trabajadores a tiempo parcial no se determina en función del sexo. Debe, pues, examinarse si tal disposición puede constituir una discriminación indirecta”²³⁹.

*Según reiterada jurisprudencia, existe discriminación indirecta cuando la aplicación de una medida nacional, aunque formulada de manera neutra, perjudique de hecho a un número muy superior de mujeres que de hombres (véanse, en este sentido, las sentencias de 14 de diciembre de 1995, *Megner y Scheffel*, C-444/93, Rec. p. I-4741, apartado 24, y de 24 de febrero de 1994, *Roks y otros*, C-343/92, Rec. p. I-571, apartado 33²⁴⁰).*

El Tribunal continúa señalando

“es manifiesto que la disposición nacional objeto del litigio principal perjudica a los trabajadores a tiempo parcial, en comparación con los trabajadores en jornada completa, ya que, al progresar más lentamente su antigüedad, no podrán ser promovidos hasta una fecha posterior. Según la Sra. Gerster, en el servicio en el que obtuvo su antigüedad, el 87 % de los trabajadores a tiempo parcial son mujeres. De las comprobaciones efectuadas por el órgano jurisdiccional remitente resulta que dicho porcentaje también es aplicable al ámbito más amplio de la función pública bávara. Ante tal situación, procede declarar que disposiciones como

239 Caso *Hellen Gerster contra Freistaat Bayern*, sentencia de 2 de octubre de 1997, párrafo 29.

240 *Ibidem*, párrafo 30.

las del litigio principal conducen, de hecho, a una discriminación de las mujeres respecto de los hombres y deben, en principio, considerarse contrarias a la Directiva 76/207²⁴¹.”

Respecto a la carga de la prueba en situaciones de discriminación, merece una especial atención el asunto Enderby, sentencia de 27 de octubre de 1993, en el que el Tribunal estableció la inversión de la carga de la prueba en los casos de discriminación:

“En una situación de discriminación aparente, corresponde al empleador demostrar que existen razones objetivas que explican la diferencia de retribución comprobada. En efecto, si la presentación de elementos de prueba que permiten poner de manifiesto una discriminación aparente no tuviera por efecto imponer al empleador la carga de la prueba de que, en realidad, la diferencia de retribución no es discriminatoria, los trabajadores se verían privados de la posibilidad de invocar el respeto del principio de igualdad de retribución ante el órgano jurisdiccional nacional (véase, por analogía, la sentencia H.K./Danfoss, antes citada, apartado 13²⁴²)”.

Merece la pena destacar que una parte de la jurisprudencia emanada del TEDH y del TJUE sigue la misma línea en cuanto a conceptos e interpretación en materia de derecho laboral, y en sus sentencias se citan uno a otro. Asimismo, es notable que apenas se han encontrado casos sometidos al Tribunal por parte de tribunales españoles, lo que evidencia que tal vez la normativa europea en esta materia no se está aplicando, o que los tribunales nacionales no están encontrando la necesidad de tener criterios que les ayuden a determinar la aplicación de estas normas, quizá porque dichos criterios ya están establecidos en la jurisprudencia emanada por el TJUE a raíz de litigios y cuestiones prejudiciales planteadas por otros Estados europeos más avanzados en materia de igualdad entre mujeres y hombres.

c. Postura del Tribunal.

Es interesante destacar que la jurisprudencia del Tribunal en materia de acciones positivas fue controvertida en un primer momento, cuando tuvo lugar el pronunciamiento en el caso *Kalanke*²⁴³. En este caso se planteaba la posibilidad de que la Ley del Land de Bremen relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en la Función Pública supusiera discriminación indirecta por razón de sexo contra los hombres al disponer que en la provisión de un puesto correspondiente a un grado de salarios, sueldos y retribuciones

241 *Ibidem*, párrafo 32.

242 Caso Dr. Pamela Mary Enderby contra Frenchay Health Authority y Secretary of State for Health, sentencia de 27 de octubre de 1993, párrafo 18.

243 Asunto C-450/93, Kalanke.

superior se concedería preferencia a las mujeres frente a los candidatos masculinos con la misma capacitación si, en el sector de que se trata, estuvieran infrarrepresentadas. Lo mismo sucedería en caso de provisión de otro puesto de trabajo y en caso de promoción.

El Tribunal argumentó que:

“una norma nacional que establece que, en una promoción, las mujeres que tienen la misma capacitación que sus competidores masculinos gozan automáticamente de preferencia en los sectores en los que estén infrarrepresentadas, entraña una discriminación por razón de sexo²⁴⁴.

... No obstante, se debe examinar si tal norma nacional puede ampararse en el apartado 4 del artículo 2, conforme al cual la Directiva “no obstará a las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres²⁴⁵”.

Tras realizar un análisis sobre la adecuación de dicha medida para mejorar la capacidad de las mujeres de competir en el mercado de trabajo y desarrollar su carrera profesional, y atendiendo a la Recomendación del Consejo 84/635/CEE, de 13 de diciembre de 1984, relativa a la promoción de acciones positivas en favor de la mujer (DO L 331, p. 34; EE 05/04, p. 124), el Tribunal concluyó: *“Pues bien, una normativa nacional que garantiza la preferencia absoluta e incondicional de las mujeres en un nombramiento o promoción va más allá de una medida de fomento de la igualdad de trato y sobrepasa los límites de la excepción establecida en el apartado 4 del artículo 2 de la Directiva²⁴⁶”.*

Parecía, por tanto, que el TJUE se oponía a la adopción de medidas, por parte de los Estados miembros y por parte del parlamento europeo, que utilizaran la herramienta de la discriminación positiva para tratar de corregir las desigualdades efectivas que tenían lugar en las sociedades europeas, producto de una larga historia de exclusión de las mujeres del ámbito público.

No obstante, actualmente existe una doctrina consolidada donde se promueven este tipo de acciones, y muestra de ello es el cambio de doctrina que tuvo lugar con la decisión que el Tribunal adoptó en el asunto C-407/98, Abrahamsson, que sentó precedente sobre discriminación positiva al establecer que:

“(...) la Directiva 76/207 del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del

244 Caso Eckhard Kalanke contra Freie Hansestadt Bremen, sentencia de 17 de octubre de 1995, párrafo 16.

245 *Ibidem*, párrafo 17.

246 *Ibidem*, párrafo 22.

principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (DO L 39, p. 40; EE 05/02, p. 70) no se opone a una práctica jurisprudencial nacional según la cual a un candidato perteneciente al sexo infrarrepresentado puede concedérsele la preferencia frente a un competidor del sexo opuesto, siempre que los candidatos posean méritos equivalentes o sensiblemente equivalentes y cuando las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta las situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos²⁴⁷ (...).

La apreciación de la conformidad de las normas nacionales que establecen una discriminación positiva para el acceso al empleo en la enseñanza superior no puede depender del nivel del puesto que se deba proveer²⁴⁸.

d. Recomendaciones

Como primera conclusión, podemos afirmar que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sido inconsistente a lo largo del tiempo, resultando en ocasiones de difícil entendimiento, y poco concluyente.

A pesar de que el principio de igualdad de género se ha convertido en uno de los asuntos clave en la agenda de la Unión Europea, los avances no han llegado aún a un final feliz. Por el contrario, parece que la promoción profesional de las mujeres acaba de despertar. Todavía no hay suficientes incentivos ni interpretaciones favorables que complementen un enfoque puramente formal de la igualdad. La situación no ha seguido, claramente, los rápidos y boyantes desarrollos de las leyes antidiscriminación en otros aspectos tales como la raza o la religión.

La discriminación por razón de sexo hacia las mujeres puede darse en todas las esferas de la vida. Por ello, la legislación europea en materia de igualdad de género no puede limitarse al mercado laboral exclusivamente. Los y las legisladoras europeas deben ser conscientes del potencial del principio de igualdad entre mujeres y hombres contenido en el Tratado de la Unión Europea y ampliar el campo de actuación de las leyes de igualdad de género a ámbitos como los medios de comunicación, la educación y el sistema tributario. Si bien las normas europeas promueven la igualdad de género de diversas formas, existen también ciertas limitaciones debidas principalmente a los principios de transferencia de poderes, subsidiariedad y proporcionalidad, que rigen la Unión.

247 Caso Katarina Abrahamsson y Leif Anderson contra Elisabet Fogelqvist, sentencia de 6 de julio de 2000, párrafo 62.

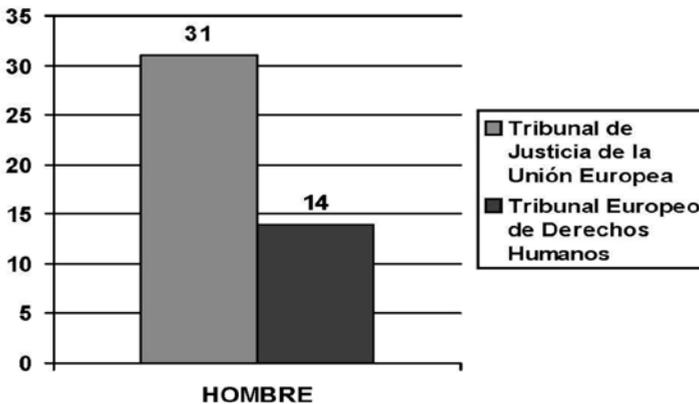
248 *Ibidem*, párrafo 65.

IV. DATOS ESTADÍSTICOS SOBRE LAS SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES EUROPEOS.

A raíz del análisis respecto de las sentencias de los tribunales europeos objeto del presente estudio, podemos extraer los siguientes datos estadísticos:

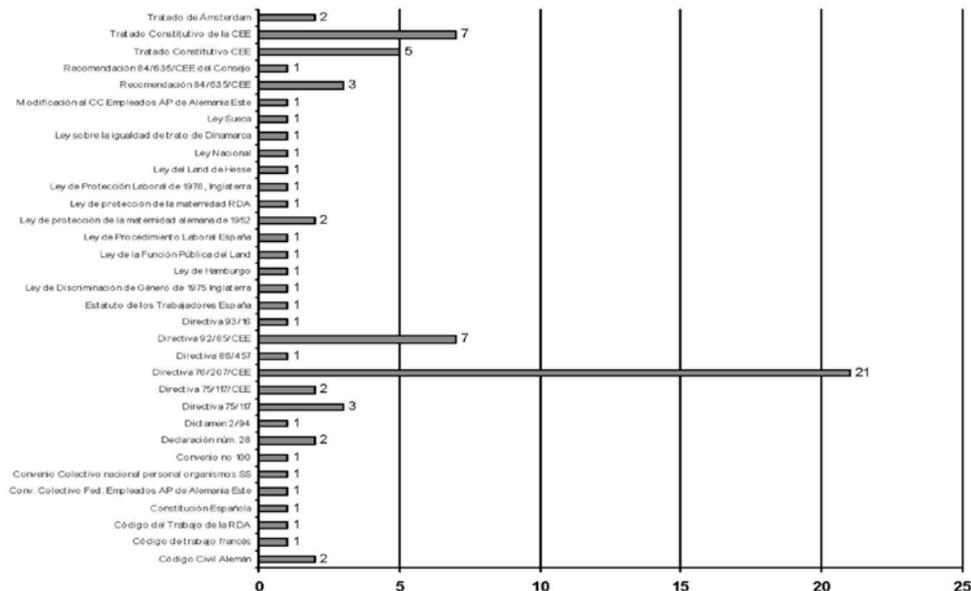
- La mayoría de las personas demandantes en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea analizadas son mujeres, suponiendo un 87% de las demandas totales. Sin embargo, entre las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos la proporción es de 7 hombres demandantes, 6 mujeres y dejar demanda iniciada por dos hombres y dos mujeres.
- En las 32 sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea analizadas, los ponentes son todos varones. La composición de este Tribunal ha sido tradicionalmente muy masculina. Actualmente está compuesto por 36 miembros, de los cuales 8 son mujeres (un 22,2%). De las ocho salas que forman el Tribunal, sólo una de ellas está presidida por una mujer. Mirando la composición histórica del tribunal, entre los 89 jueces que han formado parte del mismo, sólo ha habido 4 mujeres, lo que supone una representación del 4,5%. La primera mujer que se incorporó al tribunal fue la jueza norirlandesa Fidelma O’Kelly Macken, jueza de la Corte Suprema de Irlanda, en el año 1999.
- De las 14 sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos analizadas, todos los ponentes son varones. Sin embargo, esta Corte tiene una composición más igualitaria, contando con 18 juezas entre sus 49 miembros, lo que supone un 36,7%.

Sexo ponente Tribunales Europeos

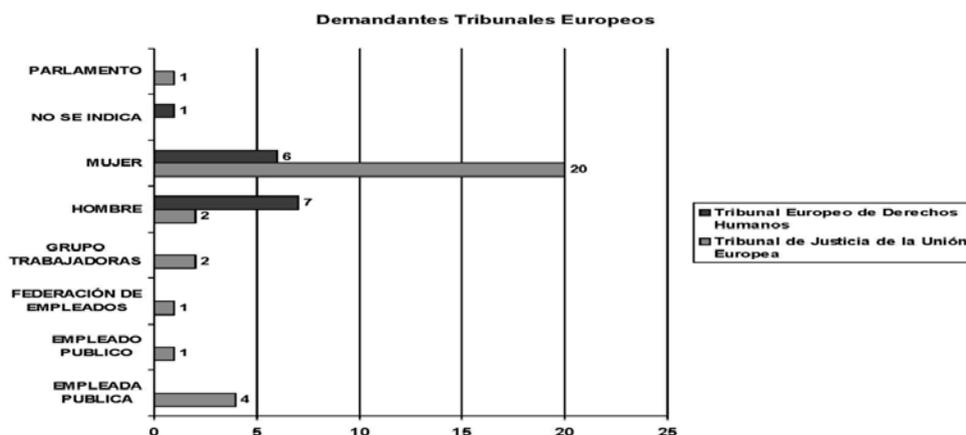


- En las 32 sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea analizadas, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se cita en dos ocasiones. Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su jurisprudencia cita dos sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y una del Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia.

CITAS DEL TJUE



- De las demandas ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea presentadas por hombres, que son un total de 4, se han estimado 2 de ellas. Esto supone que un 12,5% de las sentencias analizadas corresponden a demandas presentadas por hombres y un 87,5% de ellas fueron demandas presentadas por mujeres. Se estimaron el 50% de las demandas presentadas por varones y el 81,5% de las demandas presentadas por mujeres.
- De las demandas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos presentadas por hombres, se ha encontrado discriminación en un 57% de ellas. De las demandas ante este mismo Tribunal presentadas por mujeres, se ha encontrado discriminación en un mismo porcentaje (57%).



V. LISTADO DE SENTENCIAS QUE SIENTAN PRECEDENTE FAVORABLE EN MATERIA DE PROMOCIÓN DE IGUALDAD.

Añadimos a continuación el listado de sentencias que sientan precedentes favorables contra la discriminación por género en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, analizadas en el marco del proyecto con el Consejo General del Poder Judicial, para que puedan servir de consulta para juezas y jueces y magistrados/as a la hora de abordar casos sobre discriminación e igualdad.

1. C-177/88 Dekker. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 08/11/1990: negativa de contratación debida al embarazo, discriminación directa por razón de sexo.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61988J0177:ES:HTML>

2. C-421/92 Habermann-Beltermann. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 18/09/1995: despido por embarazo.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61992J0421:Es:HTML>

3. C-32/93 Webb. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 14/07/1994: despido por embarazo.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61993J0032:Es:HTML>

4. C-394/96 M Brown. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 30/06/1998: despido de una trabajadora producido durante el embarazo y motivado por ausencias debidas a incapacidad laboral derivada del embarazo.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61996J0394:Es:HTML>

5. C-207/98 Mahlburg. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 03/02/2000: negativa a contratar a una mujer embarazada para un puesto de trabajo por tiempo indefinido, basándose en una prohibición legal que impide que la mujer embarazada, durante el período de su embarazo, ocupe desde el primer momento dicho puesto.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61998J0207:Es:HTML>

6. C-460/06 Paquay. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 11/10/2007: prohibición de notificar una decisión de despido a causa del embarazo o del nacimiento de un hijo o hija durante el período de protección al que se refiere dicho artículo, así como adoptar medidas preparatorias de tal decisión antes de expirar dicho período.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62006J0460:Es:HTML>

7. C-1/95 Gester. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 02/10/1997: discriminación indirecta a efectos del cálculo de antigüedad entre trabajadores a media jornada y a jornada completa.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61995J0001:Es:HTML>

8. C-360/90 Boetel. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 04/06/1992: discriminación retributiva de trabajadores a tiempo parcial respecto a los de tiempo completo, cuando la mayoría del personal empleado a tiempo parcial son mujeres.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61990J0360:Es:HTML>

9. C-184/89 Nimz. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 07/02/1991: existe discriminación indirecta en el sistema de promoción profesional cuando se favorece a las personas trabajadoras a tiempo completo respecto de las empleadas a tiempo parcial, en aquellos supuestos donde la mayoría del personal empleado a tiempo parcial son mujeres.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61989J0184:EN:HTML>

10. C-127/92 Enderby. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 27/10/1993: el empresario debe justificar mediante factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo las diferencias de retribución que se producen entre dos funciones de igual valor, una de las cuales es ejercida casi exclusivamente por mujeres y la otra principalmente por hombres.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61992J0127:Es:HTML>

11. C-409/95 Marshall. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 11/11/1997: las acciones de discriminación positiva no son contrarias al principio de no discriminación.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61995J0409:Es:HTML>

12. C-136/95 Thibault. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 30/04/1998: no contabilizar, a efectos de promoción profesional, los días de ausencia por permiso de maternidad es una medida discriminatoria.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61995J0136:Es:HTML>

13. C-158/97 Badeck. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 28/03/2000: las normativas para la promoción de las mujeres en funciones públicas no son contrarias al principio de no discriminación.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61997J0158:Es:HTML>

14. C-43/75 Defrenne. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 08/04/1976: el principio de igualdad de retribución entre mujeres y hombres tiene efecto directo y debe ser garantizado por los Tribunales nacionales.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61975J0043:EN:HTML>

15. C-96/80 Jenkins. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 31/03/1981: existe discriminación en la remuneración diferenciada del personal a tiempo parcial preponderantemente femenino.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61980J0096:EN:HTML>

16. C-109/88 Danfoss. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 17/10/1989: cuando una empresa aplica un sistema retributivo caracterizado por la falta total de transparencia, recae sobre el empresario la carga de probar que su política de salarios no es discriminatoria (inversión de la carga de la prueba).

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61988J0109:Es:HTML>

17. Caso Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 28/5/85. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos mantuvo que los controles nacionales de inmigración deben ejercitarse de acuerdo con el Convenio Europea de Derechos Humanos. El Tribunal encontró que las medidas de inmigración, que permitían a las esposas pero no a los maridos de residentes permanentes entrar para reunirse con sus cónyuges, violaban el Artículo 14 junto con el Artículo 8 del Convenio como discriminación del derecho al respeto de la vida familiar. El Tribunal también halló que las demandantes no habían recibido un recurso legal efectivo a sus reclamaciones de violación del Artículo 13, en la medida que las apelaciones solo pueden considerarse por mala aplicación de la ley, no como un desafío a la propia ley. El Tribunal no encontró que las medidas de inmigración supusieran una discriminación por motivos de raza o nacimiento, ni que constituyeran un tratamiento inhumano o degradante en violación del Artículo 3.

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=&sessionid=55454708&skin=hudoc-en>

18. Van Raalte c. Países Bajos. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 21/02/1997. Normativa que regula la extranjería es discriminatoria porque limita la reagrupación de los hombres respecto de sus cónyuges, y sin hacer lo mismo cuando se trata de mujeres que reclaman la reagrupación respecto de sus cónyuges masculinos.

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=&sessionid=55454757&skin=hudoc-en>

19. MC c. Bulgaria. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 4/12/2003. Obligaciones mínimas de los Estados en relación con la investigación de delitos sexuales cometidos contra mujeres.

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=&sessionid=55454779&skin=hudoc-en>

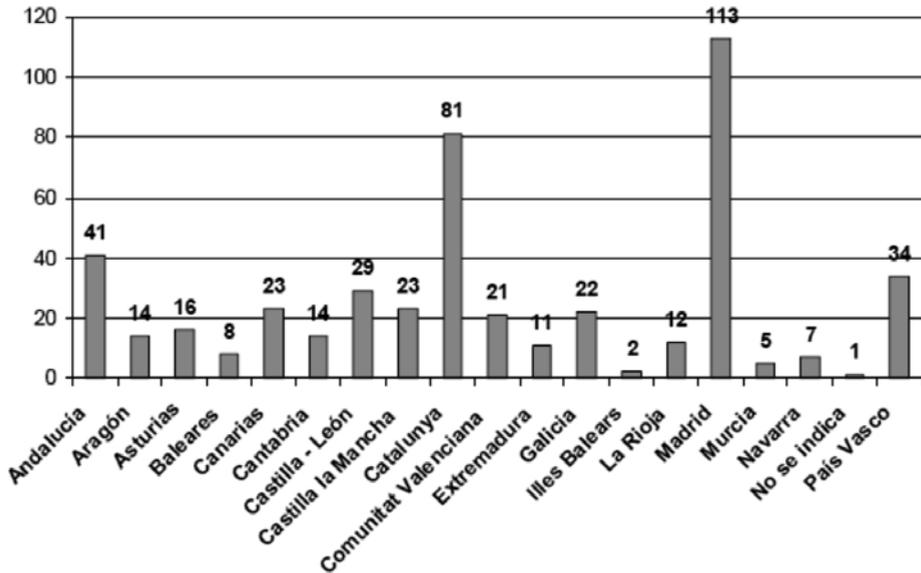
ANEXO

GRÁFICAS Y DATOS ESTADÍSTICOS GENERALES

Las siguientes representaciones gráficas han sido elaboradas con el programa *Access*, a través del cuál hemos construido una base de datos a partir de la introducción de las sentencias. Las consultas han permitido extraer las siguientes informaciones estadísticas, cruzando diferentes variables. Las cifras que presentamos son números absolutos. Todos los gráficos, menos aquellos que así lo indican expresamente, se refieren a las sentencias de Tribunales Superiores de Justicia de España, relativa a la aplicación de la LO 3/2007. Se han excluido, por lo tanto, las sentencias de los Tribunales Europeos para esta parte de datos generales.

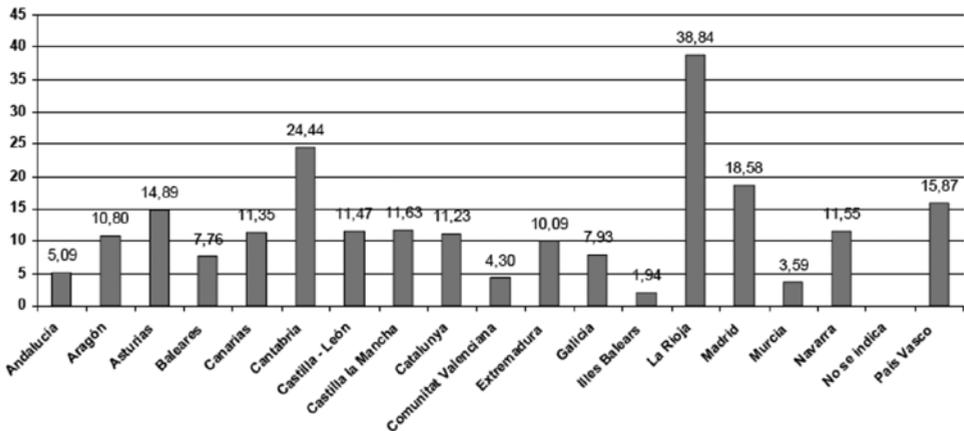
Las cifras relativas a legislación citada o conceptos citados no deben ser interpretadas como número de sentencias que citan un texto legal pues una misma sentencia puede citar diferentes veces la misma legislación (con artículos diferentes). Estas cifras corresponden, pues, a número de citas.

Número de sentencias por CCAA



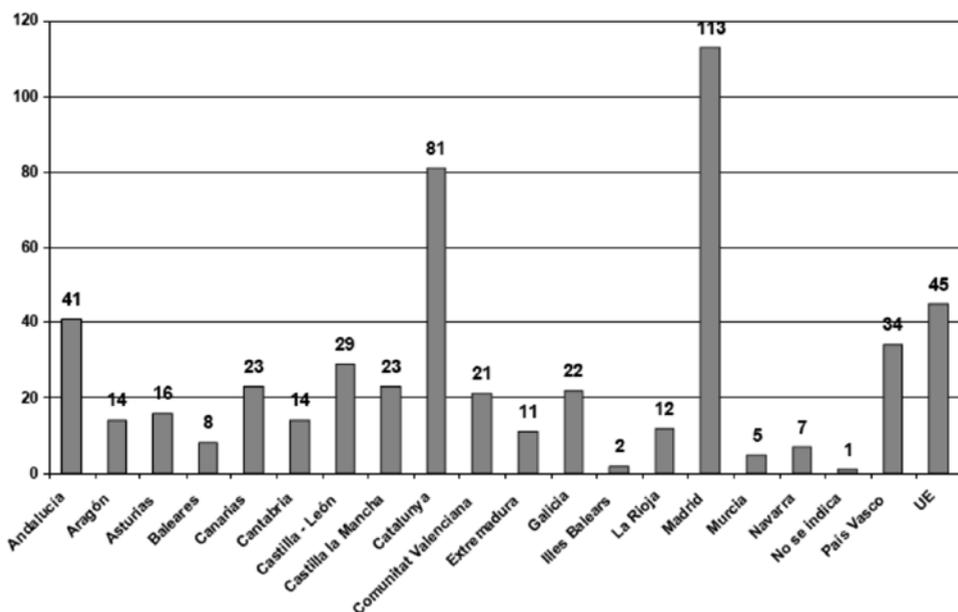
Número total de sentencias por Comunidad Autónoma.

Número de sentencias por cada millón de habitantes



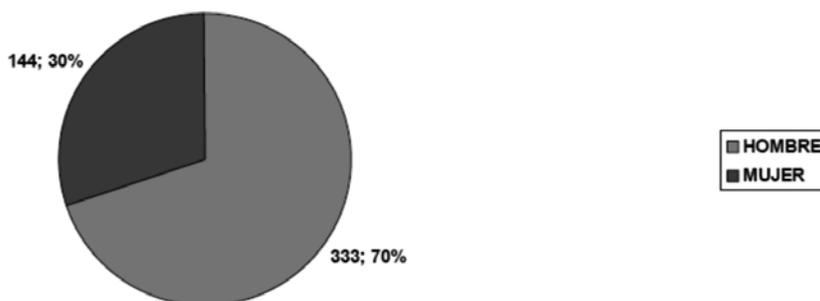
Ponderación del número total de sentencias por Comunidad Autónoma según el tamaño de la población. Las Cifras de población están extraídas del Instituto Nacional de Estadística (<http://www.ine.es>) y se refieren al censo del 01/01/2007 Real decreto 1683/2007, de 14 de diciembre.

Número de sentencias por CCAA y sentencias de la Unión Europea



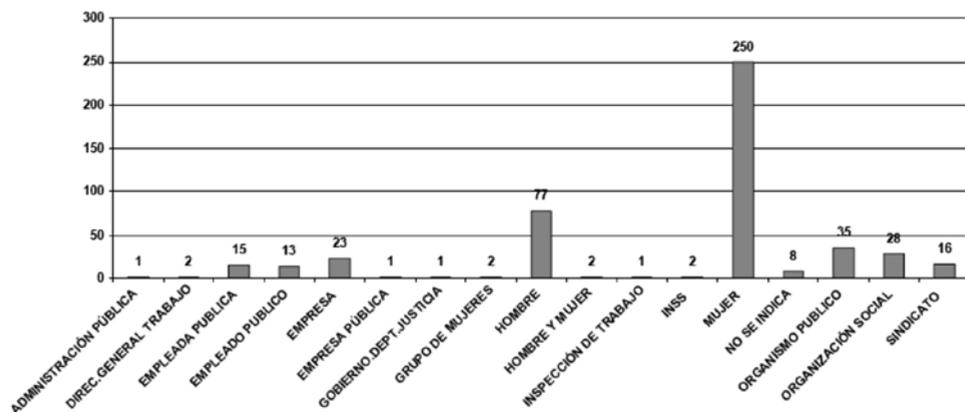
Número total de sentencias por Comunidad Autónoma, y sentencias de la Unión Europea (Tribunal de Justicia de la Unión Europea y Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

Sexo de los/las ponentes de las sentencias



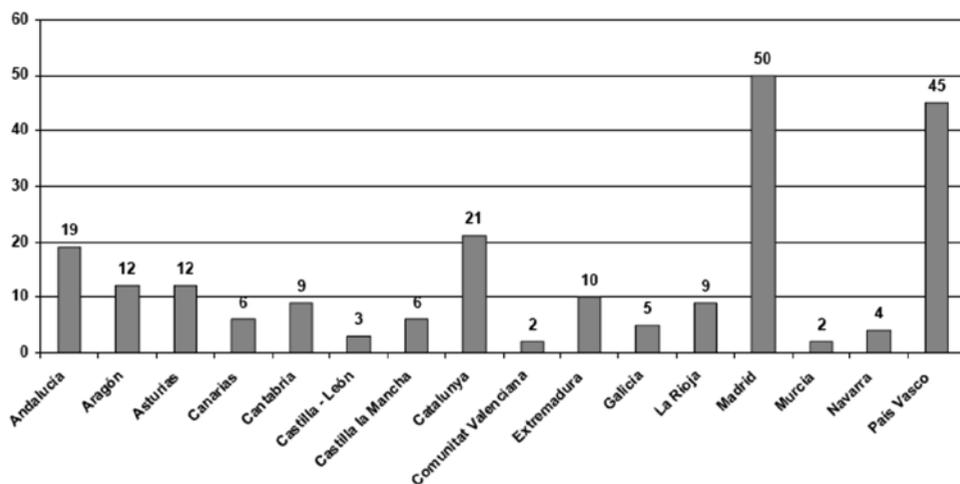
Número total de sentencias según el sexo del/la ponente.

Número total de sentencias según demandante



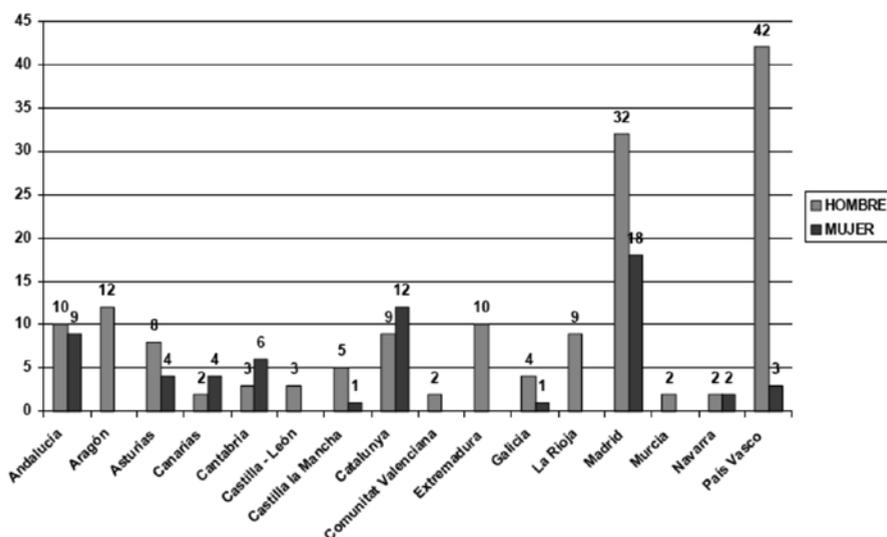
Número de sentencias según el demandante.

Citas a la Ley de Igualdad estatal por CCAA



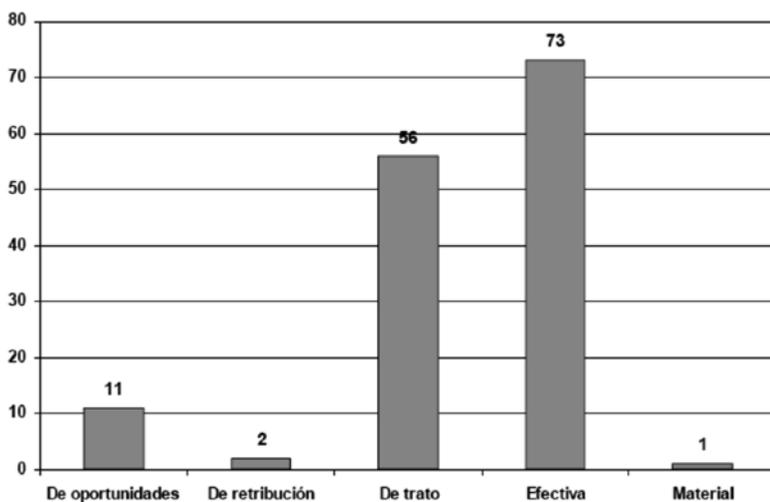
Número total de citas a la Ley de Igualdad estatal según la comunidad autónoma. A partir de la categoría “Preceptos/artículos citados”.

Número de citas a la Ley de Igualdad estatal según el sexo del/la ponente por CCAA



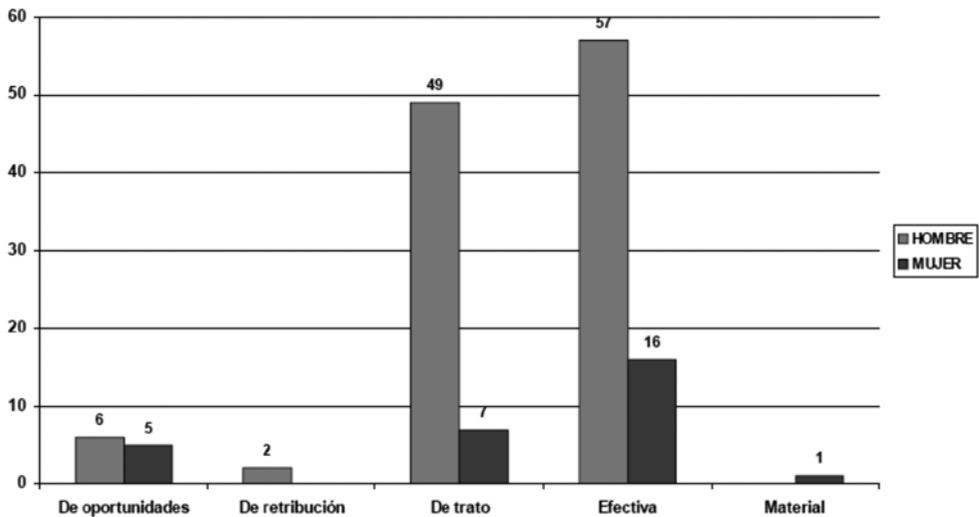
Número total de citas a la Ley de Igualdad estatal según la comunidad autónoma y el sexo del / la ponente.

Concepto de igualdad citado en las sentencias



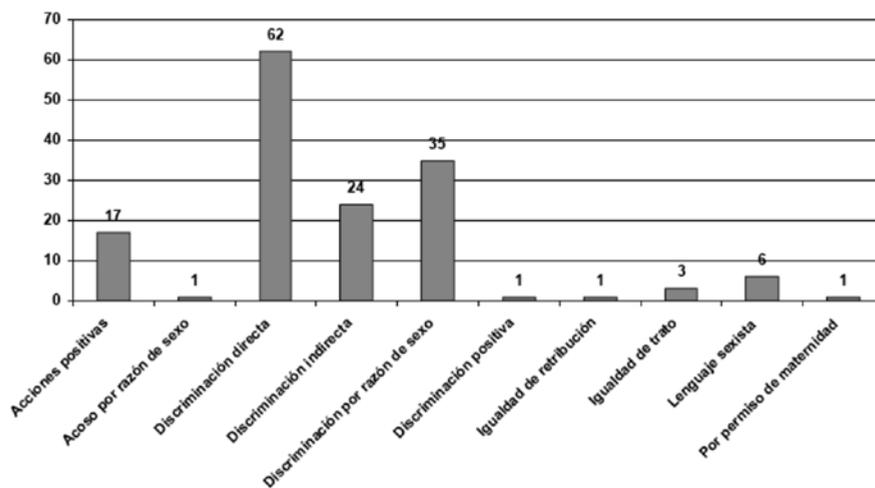
Número total de veces que se citan los diferentes conceptos de igualdad (a partir de la categoría “Conceptos de igualdad”). Una misma sentencia puede citar más de un concepto. El más citado es el de igualdad efectiva (73 veces), seguido por el concepto de igualdad de trato (56 citas), igualdad de oportunidades (11 veces) e igualdad de retribución y material.

Concepto de igualdad citado según el sexo del/la ponente



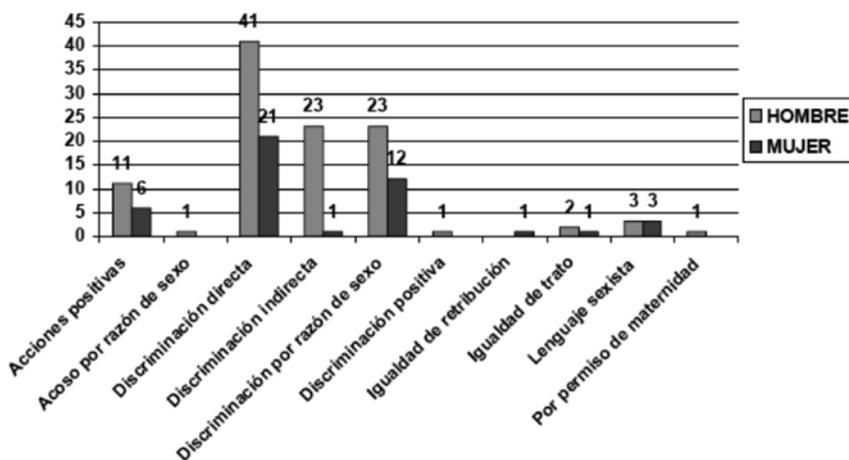
Siguiendo el gráfico anterior, aquí se presentan las cifras desagregadas según el sexo del/la ponente. Si anteriormente teníamos 73 citas al concepto de igualdad efectiva, vemos que de éstos, 57 veces es un concepto citado por ponentes hombres, y 16 por ponentes mujeres. Hay que entender estos datos con el gráfico que muestra la diferencia entre el número de ponentes hombres (70%) y mujeres (30%).

Conceptos citados en materia de igualdad y de discriminación



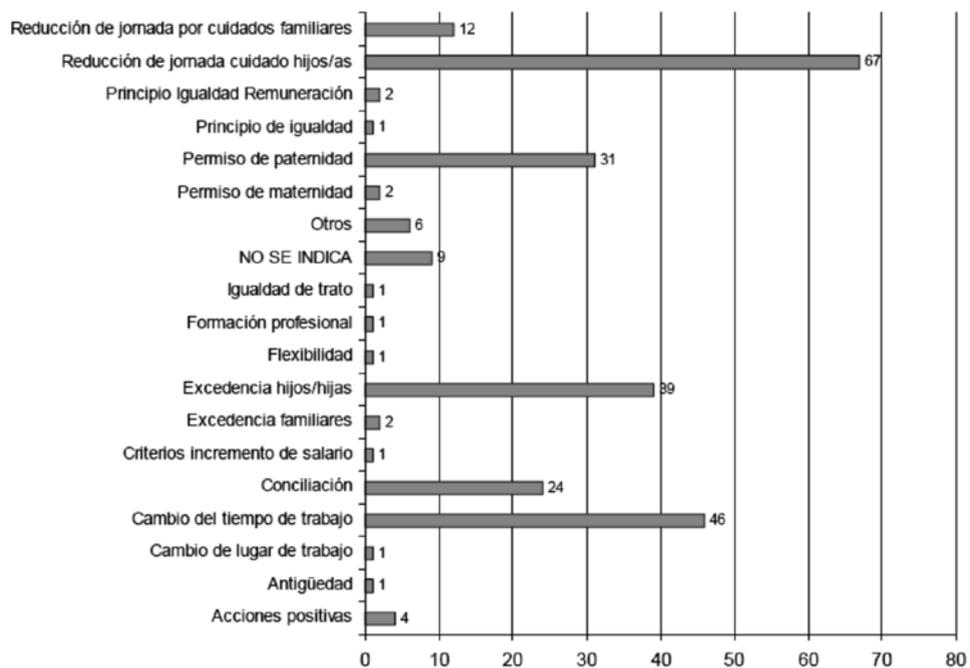
Los conceptos incluidos en la categoría “conceptos de discriminación” son: discriminación directa, discriminación indirecta, uso de apellido, edad–pensión de jubilación, permiso de paternidad, permiso de maternidad, discriminación positiva, presencia equilibrada, acciones positivas, discriminación estructural, acoso moral, acoso por razón de sexo, discriminación por razón sexo, igualdad de trato, igualdad de retribución, discriminación por orientación sexual y lenguaje sexista. En el gráfico sólo se muestran los conceptos citados por los/las ponentes en dicha categoría.

Concepto de discriminación según el sexo del/la ponente



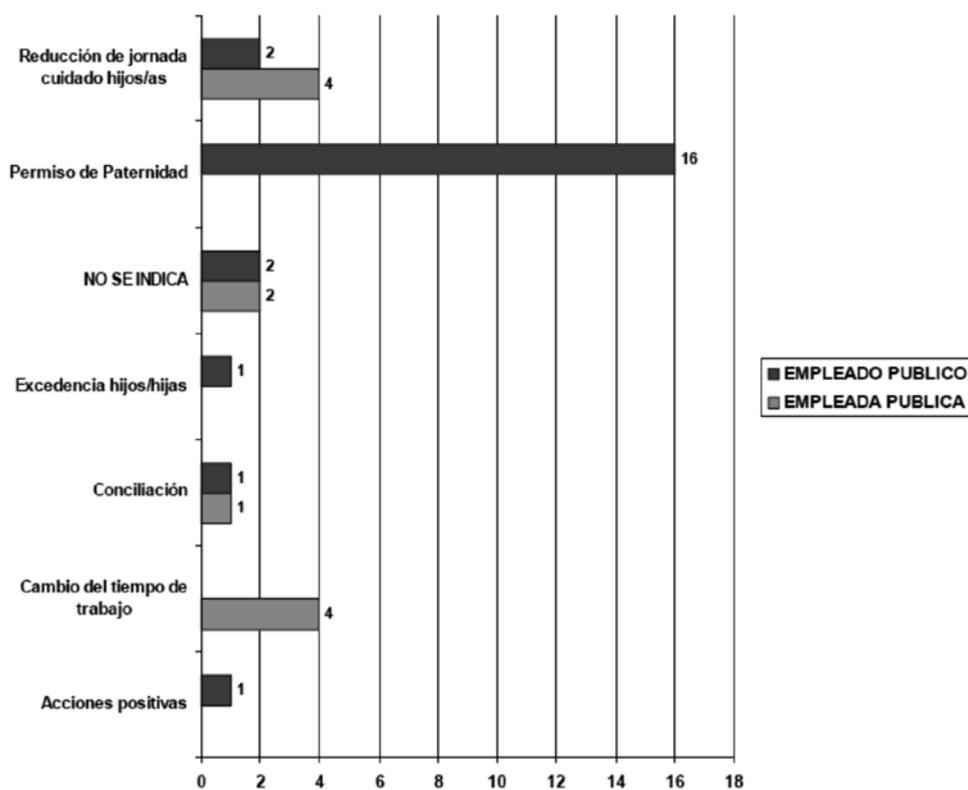
Las cifras del gráfico anterior desagregadas según el sexo del/la ponente.

Número de citas a conceptos específicos en materia de conciliación



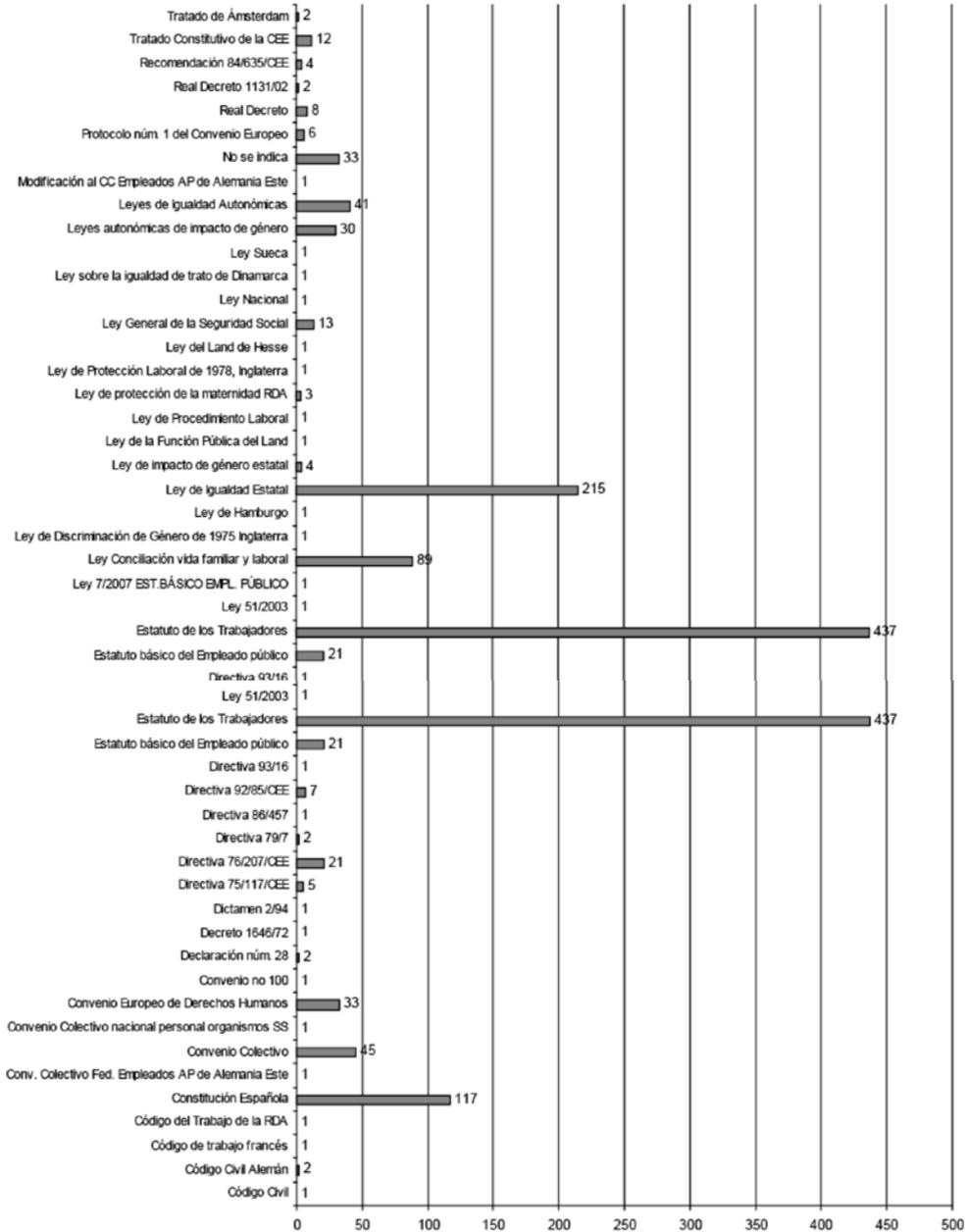
Número de citas a los conceptos introducidos en la categoría de “Conceptos específicos de conciliación”.

Medidas de conciliación en el ámbito de la función pública



Número de sentencias que tratan sobre medidas de conciliación en el ámbito de la función pública desagregadas por sexo del demandante.

Legislación citada en las sentencias



Número de veces que se cita una determinada legislación. Una sentencia puede citar más de una vez el mismo texto legal o diferentes. A partir de la categoría “Preceptos/artículos citados”.

